

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

DE L'IMMUTABILITÉ

des

CONTRATS DE MARIAGE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Mardi 7 Juin 1910, à 3 heures

PAR

A. GOUPIL

Président : M. WEISS.

Suffragants : { *MM. PILLET, Professeur.*
AMBROISE COLIN, Professeur.

PARIS
ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1910

DE L'IMMUTABILITÉ
des
CONTRATS DE MARIAGE

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

DE L'IMMUTABILITÉ

des

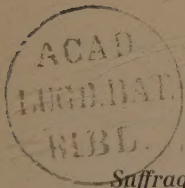
CONTRATS DE MARIAGE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Mardi 7 Juin 1910, à 3 heures

PAR

A. GOUPIL



Président : M. WEISS.

Suffragants : { *MM. PILLET, Professeur.*
AMBROISE COLIN, Professeur.

PARIS
ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1910

BIBLIOGRAPHIE

PREMIÈRE PARTIE

TOULLIER. — (Tome XII, pages 47 et suiv.)

DENIZART. — *Contrat de mariage.*

POTHIER. — *Traité des donations entre mari et femme*; Préface du *Traité de la Communauté* (n° 12 et suivants). — *Traité de la Communauté*, n° 339.

Commentaires de la Coutume de Paris, FERRIÈRE, LAURIÈRE, DUMOULIN; *d'Orléans*, par POTHIER.

ROUSSILHE. — *Traité de la Dot* (pages 53 et suiv.)

Recueil des Arrêts du Parlement, de LOUET-BRODEAU.

MALUOT et BRUN. — *Droit féodal et coutumier* (page 346).

DEUXIÈME PARTIE

Nombreux ouvrages de Droit civil : TOULLIER, TROPLONG, LAURENT, BAUDRY-LACANTINERIE, PLANIOL.

Ouvrage spécial sur le *Contrat de mariage*, de RODIÈRE et PONT (pages 108 et suiv.)

Travaux préparatoires du Code Civil.

Discussions au Conseil d'Etat.

Recueils périodiques de Jurisprudence, DALLOZ, SIREY.

Répertoire de Législation, DALLOZ.

TROISIÈME PARTIE

WEISS. — *Droit international privé.*

LEHR. — *Droit civil allemand.*

Journal de Droit international privé.

Projet de Code allemand.

Codes étrangers.

PROLEGOMENES

Peu de questions ont, à ma connaissance, soulevé plus de controverses que celle de l'immutabilité des conventions matrimoniales que je me propose d'étudier dans le cours de ma thèse.

Ces discussions, naguère très ardentes, sont-elles aujourd'hui éteintes. La question de l'immutabilité des conventions matrimoniales est-elle, suivant l'expression juridique, close?

Tel n'est pas mon avis et, bien qu'elle soit résolue par la loi, les débats n'en restent pas moins ouverts dans la jurisprudence et la doctrine relativement à son interprétation rigoureuse, suivant les uns, bienveillante d'après les autres.

Entre ces opinions extrêmes, où est la vérité? Pour la rechercher, je mets sous les yeux du lecteur le texte de l'article 1395 du Code Civil.

« Les conventions matrimoniales ne peuvent recevoir aucun changement après la célébration du mariage » ; telle est la décision du législateur.

Je fais observer que ce texte figure aujourd'hui dans le Code Civil dans sa teneur primitive de 1804 ; le fait est assez curieux, étant donné qu'il constitue, comme je me le propose de l'expliquer plus tard, un phénomène historique dans lequel l'effet a survécu à ses causes principales.

Je montrerai plus tard comment les motifs du principe de l'immutabilité ont changé dès l'apparition du Code Civil. J'exposerai comment son abrogation, impossible dans l'ancien droit, serait aujourd'hui parfaitement logique, étant donné l'état de notre législation sur le contrat de mariage. Je m'expliquerai sur tous ces points, dans la première et deuxième partie de ma thèse ; je me borne pour le moment à les indiquer.

Il me semble bon, toutefois, mais sans entrer dans aucun détail et dans le simple but de dégager l'exposé de ma thèse, de préciser par quelques exemples l'importance pratique et les conséquences du principe de l'immutabilité dans le droit actuel.

Supposons, par exemple, contenue dans un contrat de mariage une clause de sens douteux et demandons-nous ce que les époux devront faire lorsqu'ils seront dans la nécessité de l'interpréter.

S'il s'agissait d'un contrat quelconque, les deux parties pourraient, d'accord entre elles, supprimer la clause en question et la remplacer par une nouvelle sur le sens de laquelle il ne serait plus possible de se méprendre.

Mais il s'agit d'un contrat de mariage dont toutes les clauses sont incommutables et, en conséquence, les époux seront obligés de recourir à l'assistance de la justice, souveraine appréciatrice de toutes conventions ou contrats, d'où quatre inconvénients manifestes :

1° Les époux auront d'abord à supporter les frais de justice qu'une entente amiable leur aurait évités.

2° Le tribunal peut ensuite, par une interprétation fantaisiste, dénaturer la volonté des époux, sauf peut-être sur ce point, le contrôle de la Cour suprême.

3° Il est détendu aux juges de statuer par voie de disposition générale et réglementaire, sur les causes qui leur sont soumises, art. 5 du C. C. ; la clause en question pourra donc être interprétée de façons très diverses par des tribunaux différents.

4° Et enfin, si je complique un peu l'hypothèse et si je suppose un tiers, partie dans un contrat passé avec les époux, celui-ci peut préférer ne pas traiter que d'attendre l'issue d'un procès.

Je conclus donc très nettement à l'abrogation pure et simple de l'art. 1395 du C. C. ; en conséquence, les époux devraient donc, dans mon système, pouvoir changer au cours du mariage leurs conventions matrimoniales, sauf, bien entendu, à se conformer à des conditions de publicité déterminées avec soin par le législateur.

Telle est donc la thèse que je vais m'efforcer de

soutenir. J'en diviserai la démonstration en trois parties.

1^o Etat du droit antérieur au Code Civil.

2^o Etat du droit sous l'empire du Code Civil.

3^o Aperçu succinct de droit civil comparé sur la question.

PREMIÈRE PARTIE

Le principe avant 1804

CHAPITRE PREMIER

LE PRINCIPE AVANT L'ARRÊT DE 1762

Tout d'abord je débute par une double observation ayant pour but de dissiper certains doutes qui pourraient surgir dans l'esprit du lecteur après l'examen de mon introduction.

J'ai déjà parlé du principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales, mais je n'ai pas défini ce que l'on entend par une « convention matrimoniale ».

Evidemment je ne veux pas parler du sens vulgaire d'un mot qui d'ailleurs est d'un usage courant, mais je

fais allusion à la signification précise que le législateur entend donner aux termes de l'art. 1395.

Je ne veux pas entrer dans l'étude d'une discussion qui pour le moment serait un peu prématurée, mais dès maintenant il me semble bon de faire observer que cette question de mots a une importance capitale.

Si, en effet, on étudie attentivement le texte de l'article 1398 (1), l'on pourra remarquer que les termes employés, identiques à ceux de l'art. 1395, n'ont cependant pas le même sens. Le mot peut donc être pris dans deux acceptions différentes, suivant qu'on commente l'article 1395 ou l'article 1398.

De définition, dans mes prélogomènes il n'en est aucune, je dois donc donner l'explication d'un silence calculé.

Je ne pouvais pas, je ne peux pas encore définir les termes de l'art. 1395 sans comparer ce texte avec un autre article du Code Civil que l'on doit bien se garder d'interpréter comme dérogeant au principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales. Il me semble inutile de démontrer qu'un tel rapprochement serait mal placé dans cette partie de ma thèse, dans laquelle je ne veux traiter que de l'état du droit antérieur à 1804.

J'ai dit ensuite, et ce sera ma seconde observation, que la question de l'immutabilité était dans l'ancien droit indécise, et si je me propose plus tard de constater que

(1) Capacité exigée du mineur pour faire un contrat de mariage.

le principe de l'immutabilité était écrit dans les coutumes de Paris et d'Orléans et que, d'autre part, la jurisprudence des Parlements suppléait là où les textes manquaient, je tiens préalablement à faire observer qu'il n'y a entre ces deux assertions qu'une contradiction apparente.

Si l'on veut bien me passer cette expression, je dirai volontiers qu'en 1804 la loi de l'immutabilité était à son déclin, car il s'était produit au cours du XVIII^e siècle une évolution d'idées qui aboutissaient d'ailleurs à l'arrêt de règlement du 17 mai 1762 et à la suite duquel Toullier s'efforçait en vain de démontrer que le principe de l'immutabilité devait disparaître des textes; mais n'anticipons pas, et faisons l'historique de l'art. 1395.

Et d'abord jusqu'à quelle époque faut-il remonter? J'étudierai pour commencer le Droit romain puisque les auteurs en parlent, mais j'estime qu'à ce moment, étant donné que l'emploi du contrat de mariage n'était pas suffisamment pratiqué, la question de l'immutabilité des conventions matrimoniales ne pouvait avoir qu'une importance pratique bien minime, en supposant qu'elle ait existé.

Je veux donner deux arguments pour soutenir mon affirmation :

a) Les pouvoirs du mari sur les biens dotaux : les droits de la femme étaient réglés avec un soin minutieux par des lois auxquelles il était défendu de déroger par des conventions particulières. Je fais remarquer

ici, en passant, qu'à la différence du Droit romain, presque tous les articles du Code Civil sont interprétatifs de volonté.

b) Evidemment, les Romains ont connu l'emploi du contrat de mariage, puisque quelques textes en parlent; mais, d'une part, les régimes pratiqués étaient peu nombreux et, d'autre part, attendu qu'il résulte qu'il leur était prescrit très impérativement de faire un *instrumentum dotale* lorsqu'ils voulaient légitimer un enfant naturel par mariage subséquent, cas très rare dans une législation qui ne connaissait pas moins de trois modes de légitimation; j'en conclus que l'emploi du contrat de mariage devant leur être peu familier, la question de l'immutabilité des conventions matrimoniales se posait bien rarement dans la pratique.

La sagesse des jurisconsultes romains nous a transmis une règle que Toullier, adversaire fameux du principe de l'immutabilité, dit être d'équité naturelle, à savoir que les contrats formés par le consentement des parties doit être dissous par une volonté contraire; rien ne prouve, continue l'illustre jurisconsulte, que dérogeant au Droit commun, les Romains aient connu le principe de l'immutabilité, tout au moins tel qu'il est posé dans l'art. 1395.

Cette assertion est d'autant plus vraisemblable qu'à l'époque où nous en sommes arrivés, les motifs du principe de l'immutabilité que j'étudierai tout à l'heure n'existaient pas encore et, dans ces conditions, il me

paraît alors téméraire d'affirmer que les Romains aient pu même soupçonner la règle introduite dans l'ancien Droit et passée plus tard dans le Code Civil.

Je ne veux pas dire par là que les Romains n'aient pas connu la règle de l'immutabilité du régime matrimonial, car celui-ci était édifié sur des textes très impératifs, mais ce n'est là, ni la lettre, ni l'esprit de l'art. 1395 C. C.

Quittons l'étude du Droit romain et demandons-nous pourquoi l'ancien Droit a dérogé pour le contrat de mariage au principe de raison que je citais tout à l'heure.

Les jurisconsultes antérieurs au Code ont, pour défendre un principe qui, d'ailleurs, figurait dans les textes des coutumes de Paris et d'Orléans, invoqué des arguments d'intérêt pratique ; mais d'abord, afin de suivre le plan adopté, quand j'ai parlé du Droit romain, je dois examiner si dans l'ancien Droit le principe de l'immutabilité avait une grande importance pratique.

A côté du principe de l'immutabilité, il en existe un autre, dit de la liberté des conventions matrimoniales, qui, avec le premier, peut être considéré comme étant dans un rapport de cause à effet.

Je m'explique : dans le Code Civil, par exemple, où la loi ne régit l'association conjugale qu'à défaut de conventions particulières que les époux peuvent d'ailleurs faire comme ils le jugent à propos (art. 1387 du C. C.), le premier et principal chef de l'art. 1395 doit être de leur défendre, le mariage étant réalisé, de subs-

tituer un régime à un autre, ou d'introduire dans leur contrat de mariage toute clause tendant à leur permettre d'atteindre un jour ce résultat.

L'ancien Droit paraît, au contraire, n'avoir jamais compris le principe consacré par l'art. 1387 du C. C. Je prends des exemples : si j'ouvre au hasard une coutume du Nord, je m'aperçois qu'elle traite seulement du régime de la communauté (Cout. d'Orléans T. X., Cout. de Nevers Ch. XXII, Cout. de Paris T. X.), mais qu'il n'est pas question du régime dotal. Si, au contraire, je consulte une coutume du Midi, la question est renversée, les textes se trouvent tous consacrés au régime dotal ; le régime de la communauté semble ne pas exister.

Quant à la coutume de Normandie qui, on le sait, suit les traditions du Droit écrit, elle ne nous parle du principe de la liberté des conventions matrimoniales que pour le rejeter formellement. Dans cette province, en effet, il est interdit de stipuler que les futurs époux seront communs en biens (1).

Il est bien entendu, cependant, que le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales peut être considéré comme ayant acquis dans l'ancien Droit une

(1) Le principe de la liberté des conventions matrimoniales était cependant écrit dans l'art. 203 de la Cout. d'Orléans, mais je veux dire qu'il n'était pas pratique en fait (voir de même Cout. de Montargis, art. 8).

importance qu'il n'a jamais eu en Droit romain ; mais tel qu'il existait avant 1804, il ne pouvait avoir pour objet que d'empêcher les époux de changer leurs conventions matrimoniales au cours du mariage, et il ne pouvait encore leur défendre la substitution d'un régime à un autre, ce nouveau côté de la question ne devant être aperçu que par le Code Civil.

Je crois avoir assez longuement parlé des relations étroites qui unissent les deux principes de la liberté et de l'immutabilité des conventions matrimoniales, pour justifier cette petite digression au sujet de ma thèse.

J'en arrive maintenant aux arguments classiques que les anciens jurisconsultes ont proposé pour défendre le principe de l'immutabilité ; j'étudierai ensuite comment il s'est introduit dans la pratique avant de figurer dans les textes de nos deux principales coutumes.

Je rappelle que l'ancien Droit, à la différence du droit romain, prohibait les donations entre époux pendant le mariage ; l'art. 282 de la Coutume de Paris est formel. Or, si on leur avait permis de changer leurs conventions matrimoniales au cours du mariage, rien pour eux n'aurait été plus facile que de se faire des avantages indirects les richesses auraient ainsi passé d'une famille dans une autre, ce qui aurait été contraire, nous dit Pothier, à l'« ordre naturel des choses ».

Le deuxième argument dérive de la même idée (1) ;

(1) Ceci est évident, puisque les parents n'étaient appelés au contrat de mariage que pour empêcher les libéralités entre époux.

les anciens considéraient comme parties au contrat de mariage, non seulement les conjoints, mais encore leurs familles, d'où il résulte qu'une modification apportée au contrat par les époux seuls, aurait été dénuée d'effets à l'égard de leurs parents.

Toutefois, cette seconde proposition, bien moins importante que la première, ne pouvait avoir d'importance pratique qu'en ce qui touché les contre-lettres ou modifications apportées au contrat avant la célébration du mariage (1). Denisart (*Contrat de Mariage*, p. 4, n° 11) nous rapporte, en effet, que si la contre-lettre n'avantageait seulement qu'un des époux, la présence des parents du donataire n'était pas exigée.

Dans la deuxième partie de ma thèse, j'expliquerai l'importance considérable des contre-lettres dans le Droit actuel, à raison des liens étroits qui unissent les articles 1395 et 1396, mais dans l'ancien Droit j'estime qu'une longue dissertation sur ce point serait bien peu intéressante ; disons seulement, pour terminer ce sujet, que Laurière, dans son commentaire de la *Coutume de Paris*, nous apprend que la contre-lettre n'est tolérée que dans le but de faciliter la célébration des mariages.

Tel est donc le principe de l'immutabilité dans l'ancien Droit ; il n'a été introduit que par la pratique pour

(1) Déjà je fais allusion à la jurisprudence qui annulait toute contre-lettre postérieure au mariage, que les parents y aient ou non assisté.

assurer l'observation d'une règle considérée alors comme fondamentale, à savoir la prohibition des donations entre époux, qui elle-même n'était destinée qu'à empêcher la « passation de biens d'une famille dans une autre », comme le dit Pothier (*Traité des donations entre mari et femme*, n° 27).

Je cite, pour prouver mon assertion, un arrêt du Parlement de Paris, rapporté par Ferrière sous l'article 280 de la *Coutume de Paris* (juin 1640) validant la clause d'un contrat de mariage où il était stipulé qu'en quelque lieu que les époux eussent leur domicile ou que leurs biens fussent situés, ils ne pourraient se faire aucune donation entre vifs ou à cause de mort et qu'en conséquence ils n'avaient pu se faire le simple don mutuel autorisé par la *Coutume de Paris*.

Cette convention, aggravant les exigences du principe de la prohibition des donations et en conséquence de celui de l'immutabilité des conventions matrimoniales, n'était pas suspecte de fraude et c'est donc avec raison que le Parlement de Paris la valida.

Ayant exposé les raisons qui motivaient dans l'ancien Droit le principe de l'immutabilité, je veux montrer maintenant comment il s'est introduit dans la pratique avant de figurer dans les textes ; comment, en d'autres termes, né sous le nom d'usage, il se développa sous celui de coutume, pour donner finalement, en 1804, le jour à une loi.

J'explique, pour commencer, la signification de ces mots.

Dumoulin nous rapporte sous l'article 110 de la *Coutume de Paris*, qu'une pratique assez usitée au xv^e siècle, laissait aux époux la faculté d'établir, dans un délai de cinq ans, à partir de la célébration du mariage, le régime de la communauté après l'avoir primitivement rejeté. Il ajoute, d'ailleurs, qu'elle fut condamnée à plusieurs reprises par le Parlement de Paris. Ceci nous prouve donc que, dès ce moment, le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales était, sinon écrit en droit, mais du moins pratiqué en fait.

Mais, un siècle plus tard, comme cela arrive souvent, le droit consacra le fait et si nous ouvrons la *Coutume de Paris* à l'article 258, nous y lisons que :

« Les contre-lettres, faites à part et hors la présence des parents qui ont assisté au contrat de mariage, sont nulles » (réd. 1580).

Ceci posé, commentons ce texte.

J'ai déjà dit que, même avant l'année 1580, le contrat de mariage était, dans l'ancien Droit, un pacte entre les époux et leurs familles respectives, et qu'en conséquence tout changement apporté par les époux à leurs conventions matrimoniales était nul si les parents ne l'avaient préalablement autorisé. C'est un point que je rappelle, mais sur lequel je ne veux pas revenir. Je me pose donc trois questions :

1^o De quelles contre-lettres s'agit-il ?

2^o Quels sont les parents visés par l'article 258 ?

3° Quelles sont les conditions d'application de l'article 258 ?

Première question. — Notre texte vise d'abord tous les changements apportés au contrat de mariage après la célébration du mariage. Pothier (préface du *Traité de la Communauté*, n° 13) nous explique les motifs de la loi ; voici d'ailleurs le texte copié littéralement :

« La raison pour laquelle la coutume déclare nulles les contre-lettres faites à part et hors la présence des parents s'explique facilement. Quoique des conventions de mariage ne soient pas vicieuses par cela seul qu'elles ont été faites à l'insu des parents, néanmoins l'affectation marquée de ces conjoints de cacher à leurs parents et au public leurs conventions, en les faisant à part par un acte séparé de leur contrat de mariage, fait regarder ces conventions comme des conventions dont les conjoints ont eu honte et qui doivent, par cela même, être présumées avoir été dictées plutôt par la passion que par de justes motifs. »

Le terme « conjoint », employé à deux reprises par le jurisconsulte, peut faire croire au lecteur que l'article 258 de la *Coutume de Paris* ne vise dans sa prohibition que les contre-lettres postérieures au mariage ; une telle déduction serait cependant parfaitement erronée, c'est ce qui résulte du § 14 : « On regarde comme contre-lettre, non seulement les conventions et donations faites depuis le contrat de mariage, mais même les donations faites peu de jours avant ce contrat, etc. ».

Et Ferrière Com. art. 258, n° 3 :

« Les contre-lettres, faites entre fiancés avant le mariage et contraires aux conventions y portées, sont nulles, car cet article se doit entendre, tant des contre-lettres qui sont faites avant le mariage que de celles qui sont faites après.

Je cite encore Pothier, dans son commentaire de la *Coutume d'Orléans*, sous le n° 1 de l'article 223 :

« Cet article défend non seulement les contre-lettres qui dérogeraient au contrat de mariage (mais même celles qui contiendraient quelques nouvelles conventions ou quelque donation qu'ils se feraient).

Et dans le n° 2, le jurisconsulte formule quelques idées fort curieuses :

« Les contre-lettres, qui dérogent à quelque article du contrat de mariage ne sont pas seulement défendues entre les conjoints, mais encore entre les autres personnes qui ont été parties au contrat de mariage. Ainsi si un père a promis en dot à son fils 30.000 livres, la contre-lettre par laquelle le fils promettrait de n'exiger que 20.000 livres est nulle (en ce sens Toullier).

Sur ce dernier point, il est nécessaire de bien comprendre l'idée de Pothier pour ne pas s'exposer plus tard à l'interpréter faussement. Si, comme le dit ce jurisconsulte, l'article 258 lie les époux et les parties contractantes, il ne lie pas les tiers, et réciproquement il ne peut leur profiter, ceux-ci ne pourront donc invoquer la nullité d'une contre-lettre passée hors de leur

présence, sauf dans le cas où ils auraient été parties au contrat de mariage.

Il résulte donc des textes susvisés que l'article 258 a une portée absolue, il vise :

1° Toutes les contre-lettres, antérieures ou postérieures à la célébration du mariage.

2° Et peut être (?) tout traité conclu entre les fiancés avant la confection de leur contract de mariage.

C'est à cette dernière hypothèse que se réfère l'arrêt, du Parlement de Paris du 19 février 1716, déclarant nulle une donation faite entre les fiancés la veille de leur contrat de mariage. (Voir le texte de Pothier cité plus haut, commentaire art. 223, *Cout. d'Orléans* n° 2.)

Toullier (t. 6, 2^e p., n° 61) critique vivement cet arrêt, et il a raison, car il applique évidemment la loi au-delà de ses termes ; mais néanmoins il est très intéressant, car il montre à quel point la jurisprudence se montrait soucieuse de faire respecter un principe qu'elle avait introduit dans notre législation.

On voit d'après ce qui précède que, si nous nous en tenons au texte de l'art. 258 ; nous sommes loin du Droit actuel qui définit la contre-lettre « toute modification apportée au contrat de mariage avant la célébration du mariage ». Les deux principes que le Code a formulés dans les articles 1395 et 1396, à savoir celui de l'immuabilité des conventions matrimoniales après le mariage et celui de la réglementation des contre-lettres antérieures au mariage, sont confondu.

Cette confusion s'explique historiquement, toutes conventions antérieures ou postérieures au mariage et modifiant le régime matrimonial primitif des époux ne devant être validées que sous les conditions déterminées par l'article 258 de la *Cout. de Paris*. (Nous verrons cependant, quand le moment sera venu, que la jurisprudence des Parlements, plus draconienne que le texte de la loi, distinguait les contre-lettres antérieures des contre-lettres postérieures à la célébration du mariage, pour soumettre ces dernières à un régime tout spécial. (Voir ci-dessous 4^e observation sur l'art. 258 de la *Coutume de Paris*.)

Pour en finir avec l'étude de la première question, je me demande si, malgré tous les textes que je viens de citer et commenter et bien que la loi soit au surplus formelle « toutes contre-lettres faites..... sont nulles », l'on ne peut trouver quelques exceptions à une règle aussi générale ; en d'autres termes n'y a-t-il pas certaines contre-lettres qui, passées hors la présence des parents et sans leur consentement, soient valables.

Oui, nous répondent Pothier et Ferrière, ce sont les contre-lettres qui ne sont qu'explicatives des clauses du contrat (plusieurs arrêts en ce sens). Cette jurisprudence, qui d'ailleurs se justifie d'elle-même, permettait aux époux, dont le contrat était mal rédigé, de ne pas recourir comme aujourd'hui à l'assistance de la justice toutes les fois qu'ils voulaient interpréter le sens de leurs conventions matrimoniales.

En résumé, on appelle contre-lettres, au sens de l'article 258 de la *Cout. de Paris*, toutes conventions qui dérogent et sont contraires à quelques-unes de celles portées au contrat de mariage.

Je réponds maintenant à la deuxième question : Quels sont les parents visés par l'article 258 ? Ce sont, nous dira Laurière, les pères, mères, aïeuls et aïeules qui ont autorité sur ceux qui se marient, auxquels il faut joindre les tuteurs, comme à l'article 255.

Cette réponse me semble *a priori* devoir être rejetée en présence du texte formel de l'article 258, qui nous parle d'une façon très vague des parents qui ont assisté au contrat de mariage. Il n'est pas permis de restreindre la formule très générale de la loi aux parents en ligne directe et au tuteur ; rien ne prouve d'ailleurs que les collatéraux soient parties au contrat de mariage, mais l'article 258 de la *Coutume de Paris*, à la différence de l'article 1396 du C. C., ne nous parle pas des parents parties au contrat de mariage, mais bien de ceux qui ont assisté audit contrat. (Voir sur ce point Pothier, préface du *Traité de la Communauté*, n° 16.)

Avant de prononcer d'une façon définitive la non-admissibilité de l'opinion de Laurière, il me faut examiner les arguments que ce jurisconsulte invoque pour sa défense, et si nous nous reportons à l'article 255, auquel il nous renvoie, nous n'apercevons pas les motifs que lui ont fait assimiler les deux textes.

Attendu donc que l'opinion de Laurière n'est nulle-

ment motivée, aucune assimilation ne pouvant être admise entre les articles 255, 258 de la *Cout. de Paris* ;

Attendu qu'elle est nettement condamnée par plusieurs jurisconsultes, notamment par Ferrière et Pothier (Préface du *Traité de la Communauté*, n° 16).

Attendu au surplus que la loi parle d'une façon très vague des parents.

Attendu que dans ces circonstances l'interprète ne peut restreindre sa portée aux parents en ligne directe.

Par ces motifs :

Rejette la susdite opinion et admet les collatéraux à provoquer la nullité d'une contre-lettre passée hors de leur présence.

Etant données toutes ces raisons, il me semble même dangereux de soutenir avec Pothier, suivi sur ce point par Roussilhe, que l'absence d'un ou de deux parents éloignés ne saurait rendre nul un acte fait en présence de ceux qui ont le plus d'autorité dans la famille. Il se peut que l'opinion de ces jurisconsultes soit assez satisfaisante en fait, mais il nous est impossible, je le répète, de l'admettre en présence d'un texte aussi formel que ne l'est l'article 258 de la *Cout. de Paris*.

Mais s'il faut appliquer courageusement le texte de la loi, quelque dur qu'il puisse paraître, il serait fâcheux de s'en exagérer la portée ; c'est ainsi que la donation faite par la femme à son futur hors la présence des parents du fiancé est valable, et en effet, dans cette

hypothèse, la femme, s'obligeant seule, aura seule besoin d'être assistée.

3^e Question. — Quelles sont les conditions d'application de l'article 258 ? Il faut et il suffit que les époux soient mineurs, incapables de contracter mariage sans le consentement de leurs parents.

Écoutez Laurière :

« Quant à ceux qui sont majeurs, qui ont la liberté de se marier comme il leur plaît, ils peuvent changer leurs conventions matrimoniales... Mais non se préjudicier les uns aux autres par des conventions passées avec des tiers.

La première partie de ce texte est la justification de ma réponse à la 3^e question ; la deuxième partie est l'application pure et simple du principe élémentaire que les contrats ont force de loi entre les parties.

Je terminerai le commentaire de l'article 258 par six observations générales ; mais de passer à l'étude des moyens pris par la loi pour faire respecter le principe de l'immutabilité, il me semble bon de dégager l'esprit du lecteur de toutes les discussions et controverses que j'ai signalées et de fixer par un tableau synoptique le sens et la portée de l'article 258 de la *Coutume de Paris*.

1^{re} Observation. — Si toutes contre-lettres faites à part et hors la présence des parents sont nulles, il en résulte *a contrario* que si les parents ont été appelés à la rédaction d'une contre-lettre et y ont consenti, celle-ci sera pleinement valable, sauf peut-être si elle est posté-

rieure à la célébration du mariage. (Voir ci-dessous 4^e Observation.)

2^e Observation. — Il ne faudrait pas conclure que la disposition que nous étudions en ce moment ne s'applique que sur les territoires de Paris et d'Orléans, ce serait tout à fait inexact. Voici, au surplus, le texte de Pothier :

« La disposition de ces coutumes (Paris et Orléans), ajoutée lors de la réformation et formée sur la jurisprudence qui avait lieu alors, forment un droit commun qui a lieu dans les coutumes qui ne s'en sont pas expliquées. »

3^e Observation. — Que faut-il décider si les époux se sont mariés sans contrat ? Dans ce cas, ils doivent sans aucun doute être censés se référer à l'usage du pays où le mariage a été célébré. Le régime légal est alors adopté à défaut de conventions expresses. (Voir Rous-sihle, *Traité de la Dot*, n^o 78.)

4^e Observation. — Ne voulant autant que possible ne rien omettre qui intéresse directement l'étude de l'article 258 de la *Cout. de Paris*, je rappelle une controverse signalée à plusieurs reprises, mais que je n'ai pas cru devoir approfondir, le temps n'en étant pas encore venu ; je pose la question :

Les contre-lettres postérieures à la célébration du mariage, rédigées en présence des parents visés par l'article 258, sont-elles valables ? (Voir sur cette question, pour l'affirmative, Ferrière cité plus haut, *Com-*

mentaire, art. 258, n° 3; Toullier, *Droit Civil*, 12^e volume, n° 30; pour la négative, Pothier, préface du *Traité de la Communauté*, n° 14; Roussilhe, *Traité de la Dot*, n° 78.

J'ai déjà émis mon opinion en répondant à la première question ; selon moi, l'article 258 étant très général ne permet pas de distinguer les contre-lettres postérieures des contre-lettres antérieures à la célébration du mariage.

Telle n'est cependant pas l'opinion de Roussilhe dont je rapporte le texte :

« car aussitôt que les conventions ont été confirmées par la célébration du mariage il n'est plus permis aux époux d'y déroger en rien, même de leur mutuel consentement et quand même les parents présents au contrat de mariage y consentiraient.

Cet auteur formulait déjà en 1785 le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales, non pas tel qu'il est posé par l'article 258 de la *Cout. de Paris*, mais bien par l'art. 1395 du Code Civil. (D'ailleurs, il me faut ajouter que l'intérêt de la controverse est purement théorique, car si notre texte soumet aux mêmes conditions de validité les contre-lettres antérieures et postérieures à la célébration du mariage, la jurisprudence, plus rigoureuse que la loi, annulait toujours les dernières).

Quant aux contre-lettres qui, postérieures au mariage, contiennent des donations entre époux, elles sont incontestablement nulles, mais cela non pas en vertu de

l'article 258, mais bien de l'article 282, qui interdit d'une façon formelle toute libéralité entre époux à l'exception des dons mutuels.

5^e Observation. — Les majeurs, je l'ai déjà dit et je tiens à le répéter, ne sont pas visés par l'article 258 de la *Cout. de Paris*, mais à la condition expresse qu'ils n'appellent pas leurs parents à la rédaction de leur contrat de mariage; car, dans ce dernier cas, il serait impossible de ne pas les assimiler aux mineurs en présence de la formule générale écrite dans notre texte.

6^e Observation. — Je tiens, pour terminer à dire ou plutôt à répéter que l'ancien Droit a confondu les deux principes qui sont si nettement posés aujourd'hui par les articles 1395 et 1396 du Code Civil. Dans la deuxième partie de ma thèse, je montrerai que les contre-lettres postérieures à la célébration du mariage sont interdites par l'article 1395, mais qu'il n'en est pas de même de celles faites entre le contrat de mariage et le mariage, sauf à se conformer à certaines conditions de validité et de publicité déterminées par les articles 1396 et 1397.

L'observation a son importance, car si j'ai dit plus haut, je le rappelle, que l'étude des contre-lettres ne présentait dans l'ancien Droit que peu d'intérêt, cela n'est vrai que si l'on restreint le sens du mot (comme le fait l'article 1306 du Code Civil) aux modifications du contrat de mariage antérieur au mariage. L'article 258 de la *Cout. de Paris* repousse, au contraire, dans le

système que je viens de soutenir, toute distinction de ce genre. (Voir 4^e observation).

RÉSUMÉ

Avant	Contre-lettres	tolérées	} par la jurisprudence.
	avant le mariage		
1580	Contre-lettres	interdites	} par la jurisprudence.
	après le mariage		
Après	Contre-lettres	permises	sous les conditions
	avant le mariage		fixées par l'art. 258.
1580	Contre-lettres	interdites	} par la jurisprudence.
	après le mariage		

J'ai donc suivi les transformations successives du principe de l'immutabilité depuis le Droit romain jusqu'à la *Coutume de Paris 1580*, dont je me suis efforcé de commenter l'article 258 aussi complètement que possible; avant d'approfondir l'étude de ce texte, j'ai, pour suivre le plan adopté, établi et examiné les motifs d'une règle, qui, selon moi, se justifiait parfaitement avant 1804; mais cela ne suffit pas, à quoi peut servir, me dira-t-on, une loi si le législateur n'a pas pris soin d'en assurer l'observation par des dispositions préventives et répressives.

Je suis donc amené, naturellement, à me poser deux nouvelles questions :

1^o Comment empêcher les époux de changer leurs conventions matrimoniales hors la présence de leurs parents ?

2^o Qu'arrivera-t-il si l'article 258 a été violé ?

Je réponds à la première question : deux mesures préventives ont été prises, par le législateur, pour assurer la stricte observation de la loi :

1° La rédaction du contrat de mariage par acte authentique ;

2° La rédaction du contrat de mariage avant la célébration du mariage.

Examinons brièvement ces deux points :

Sur le premier, il résulte de nombreux textes, que les contrats de mariage par acte authentique étaient seuls permis, sauf cependant en Normandie, et encore dans cette province, il fallait, pour modifier les clauses du contrat primitif, les signatures des parents des deux familles. (Pas de textes, mais de nombreuses consultations d'avocats.)

Sur le second, nous lisons dans l'article 202 de la *Cout. d'Orléans*. « En traité de mariage, et avant la foi baillée (1) et bénédiction nuptiale, hommes et femmes peuvent faire et apposer, etc. »

Selon moi, ce texte est une conséquence directe de l'article 224 de la même coutume. Pour le démontrer, je rappelle qu'à l'instar de l'article de 258 de la *Cout. de Paris* ce texte a été interprété, à tort par la jurisprudence, comme interdisant d'une façon rigoureuse toutes contre-lettres postérieures au mariage.

(1) Je fais observer qu'en Droit romain il n'en était pas ainsi, de même que dans les pays de Droit écrit.

Supposons donc un moment l'article 202 abrogé, nous en déduirons ensuite toutes les conséquences de droit ; mais prenons d'abord un exemple.

Deux personnes se sont mariées sans contrat ; il en résulte, qu'à défaut de conventions contraires, elles sont censées avoir voulu adopter le régime légal, la communauté par exemple, et si après la célébration du mariage elles font un contrat et adoptent, je le suppose, le régime dotal, je prétends qu'à ce moment l'article 223 sera violé ; cela résulte du texte de Roussilhe, n° 78.

« Ce principe a lieu non seulement à l'égard des conventions expresses qui sont portées au contrat de mariage, mais encore de celles qu'on nomme virtuelles et implicites et qu'on suppose intervenir entre les personnes qui ont contracté mariage sans passer aucun contrat. »

Et Pothier, n° 18 :

« C'est pourquoi, lorsque des personnes, soumises à une coutume qui admet la communauté de biens sans que les parties s'en soient expliqué, ont contracté mariage sans passer aucun contrat de mariage, la convention virtuelle et implicite par laquelle ces personnes sont censées s'en être rapportées à la coutume, etc... Aussitôt que le mariage est célébré il n'est pas permis d'y déroger. »

L'article 203 de la *Cout. d'Orléans*, étant au surplus d'ordre public, il n'était pas permis aux époux de se

réserver par une clause expresse de leur contrat de mariage la faculté d'y déroger (Pothier, n° 19).

La sanction de l'article 258 se trouve dans ce texte : « Toute contre-lettre rédigée en violation de la loi est nulle. » Il s'agit ici, dit Roussilhe, d'une nullité d'ordre public qui peut être invoquée par tout intéressé, et cela quand même la mauvaise foi du demandeur serait pertinemment prouvée. (Voir en ce sens un arrêt très intéressant du Parlement de Paris du 21 mai 1759, Roussilhe, n° 80.)

CHAPITRE II

LE PRINCIPE DE L'IMMUTABILITÉ DES CONVENTIONS

MATRIMONIALES DE 1762 A 1804

Avant 1762 les conventions matrimoniales étaient donc censées intervenir entre les époux et leurs familles, et c'est en effet en s'appuyant sur ce principe fondamental qu'on écrivit les articles 258 de la *Cout. de Paris* et 223 de la *Cout. d'Orléans*.

Mais, dit Toullier, tout change avec le temps, l'antique définition du contrat de mariage (ensemble de conventions intervenues entre les époux et leurs familles respectives) devra, à partir de 1762, cesser d'être exacte ; désormais, continue cet auteur, les conventions matrimoniales devront être considérées comme intervenues entre les époux, seules parties contractantes.

Incontestablement, il y a là une évolution importante du Droit, sur laquelle je me vois forcé d'attirer l'attention du lecteur. Je suis donc amené à examiner d'abord les circonstances dans laquelle elle s'est produite, j'en

déduirai ensuite toutes les conséquences de Droit au point de vue du principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales.

C'est un arrêt du Parlement de Paris du 17 mai 1762, rendu en forme de règlement, qui changea l'état du Droit existant jusqu'alors ; je le crois assez important pour spécifier l'hypothèse dans laquelle il fut rendu.

Écoutons Pothier, dans son *Traité de la Communauté*, n° 339 :

« M. Bellanger-Dessenlis, par son contrat de mariage avec Marie-Marguerite Maillard, avait stipulé une partie de son mobilier propre à lui, aux siens et à ceux de son côté et ligne. M. Bellanger-Dessenlis étant mort, avait laissé pour héritier M. Bellanger de Beauvoir, son fils. Dans la succession de M. de Beauvoir se trouvaient certains effets qu'il avait eu de la succession de son père, lesquels étaient à la vérité, par leur nature, effets mobiliers, mais qui étaient compris dans la convention de propre portée au contrat de mariage de M. Bellanger père.

« La succession de ces effets fut disputée entre les bisaïeux maternels du défunt, qui étaient ses héritiers au mobilier, et les parents paternels.

« Ceux-ci soutenaient que ces effets, quoique mobiliers par leur nature, avaient été faits propres conventionnels de la famille Bellanger par la convention de propre portée au contrat de mariage de M. Bellanger, qui devaient être regardés comme tels contre tous les

parents de la famille maternelle, parce que... les conventions qui interviennent entre l'homme et la femme qui contractent mariage doivent produire leurs effets non seulement entre eux, mais encore à l'égard de leurs familles ; elles doivent donc faire une loi pour lesdites familles.

« Les défenseurs prétendaient, au contraire, que les parents des conjoints qui assistent et signent au contrat de mariage, n'y sont invités que par bienséance et ne peuvent être considérés comme parties contractantes. Dans ces conditions, la clause de réalisation ne leur était pas opposable.

Adoptant ces derniers motifs, le Parlement mit les défenseurs hors de cause et débouta les demandeurs de toutes leurs fins et conclusions.

Toullier qui, je le rappelle, est un des plus célèbres adversaires du principe de l'immutabilité, aussi bien avant l'apparition du Code civil qu'après, formule alors une appréciation motivée que je peux ainsi résumer :

« Attendu que le contrat de mariage n'a, comme tous les autres contrats, force de loi qu'entre les seules parties contractantes, ce contrat peut, comme tous les autres, être changé par elles et résolu d'un consentement commun ». C'est la négation absolue du principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales.

Fidèle, au contraire, au système indiqué dans mon introduction et qui consiste à voir le principe de l'immutabilité fondé tout au moins avant 1804 sur des

motifs très plausibles, je déclare la déduction de Toullier tout à fait erronée.

Cet auteur s'étonne que les articles 258 de la *Cout. de Paris* et 223 de la *Cout. d'Orléans* n'aient pas été abrogés dès que l'arrêt précité ait été rendu, mais il est facile de lui répondre que le législateur n'avait aucune raison de rapporter ces deux textes.

Rien ne prouve d'abord que le contrat de mariage ne doit plus être considéré, de 1762, « comme un ensemble de conventions conclues entre les époux, seules parties contractantes ; c'est l'arrêt de 1762 qui dit cela, mais non la loi.

Écoutons, en effet, les motifs de l'arrêt :

« Attendu que les parents des futurs conjoints, qui assistent et signent au contrat de mariage, n'y assistent et n'y signent que par honneur et n'y sont pas parties contractantes ;

« Attendu que dans ces conditions la convention de réalisation doit être considérée comme intervenue seulement entre les futurs et ne peut, en conséquence, n'avoir d'effets qu'entre eux. »

Il se peut, en effet, que les parents qui assistent et signent au contrat de mariage n'y soient pas tous parties contractantes, mais il ne s'ensuit pas du tout que quelques-uns d'entre eux ne puissent être considérés comme tels, et quand bien même on admettrait avec Toullier que le contrat de mariage fût non pas une loi immuable entre deux familles, mais un pacte conclu

entre les époux, seules parties contractantes, il ne serait pas permis d'en conclure que ceux-ci peuvent modifier leurs conventions matrimoniales primitives sans le concours des parents qui, suivant les motifs de l'arrêt, n'assistent et ne signent au contrat que par bienséance et n'y sont pas parties contractantes.

Si, en effet, nous nous en rapportons aux articles 258 de la *Cout. de Paris* et 223 de la *Cout. d'Orléans*, nous constatons qu'ils nous parlent, l'un des parents qui signent au contrat de mariage, et l'autre de ceux qui ont assisté audit contrat; peu nous importe alors qu'ils aient été ou non partie contractantes, puisque dans les deux cas les contre-lettres passées hors de leur présence sont nulles.

D'ailleurs, Toullier, après avoir soutenu que le contrat de mariage est conclu entre les époux, seules parties contractantes, est forcé de reconnaître que le fait de permettre à ceux-ci de modifier leurs conventions matrimoniales hors de la présence des parents, qui ont assisté et signé au contrat de mariage, constitue une violation directe des textes précités. Cela résulte des § 33 et 34 combinés.

Et alors Toullier affirme ou plutôt laisse à supposer que les deux textes de nos coutumes auraient pu être abrogés sans difficulté à la suite de l'arrêt de 1752.

« L'arrêt du 17 mai 1762, dit cet auteur, établit pour principe que les conventions matrimoniales ne doivent plus être considérées que comme des conventions

conclues entre les seules parties contractantes. » Ce qui est entièrement conforme à la raison et aux principes du Droit.

Ainsi s'évanouit sans retour cette vieille maxime à laquelle nos anciens auteurs attachaient tant d'importance. Le contrat de mariage établit une loi immuable entre deux familles ; il est enfin reconnu, dès le siècle dernier, que le contrat de mariage ne forme de loi et n'a de force qu'entre les seules parties contractantes.

Ce contrat, comme tous les autres, pourrait donc être changé par elle, ou résolu d'un consentement commun si d'autres motifs ne s'y étaient opposés.

Mais restait le texte de nos coutumes qui n'avait point changé avec le principe sur lequel il était fondé. (Toullier, tome 12.)

Le principe, auquel fait allusion Toullier, est celui « de la prohibition des donations entre époux », c'est ce que nous apprend la suite du texte.

Cet auteur a d'ailleurs raison de dire que les articles 282 et 358 de la *Cout. de Paris* sont dans un rapport de cause à effet, et qu'en conséquence, l'abrogation de l'article 282 entraîne nécessairement celle de l'article 358 ; mais cela ne prouve pas du tout qu'en 1762 ces textes n'avaient plus de raison d'être, c'est ce que je suis amené à démontrer.

Que décide en effet l'arrêt de 1762 ? Uniquement que la clause de réalisation ou de propre conventionnel ne peut avoir d'effet à l'égard des parents qui ont assisté et signé

au contrat de mariage, parce qu'ils n'y sont pas parties contractantes.

Mais il est à peu près certain, d'autre part, que les dits parents qui, aux termes de l'arrêt ne sont pas parties au contrat de mariage, en connaissent cependant les clauses, et puisqu'ils l'ont signé avec lecture faite, ils ont pu juger que les conventions arrêtées étaient de nature à régir d'une façon convenable les intérêts pécuniaires des époux; qui sait, ce sont peut-être eux qui ont suggéré ces clauses, et alors dans ces conditions, peut-on comprendre que les futurs époux puissent d'un commun accord modifier ou même supprimer le contrat primitif sans l'assistance de leurs parents et sous prétexte que ceux-ci n'y sont pas parties contractantes. Suivant les expressions de Pothier, il est à présumer que cet accord soit plutôt dicté par la passion que par de justes motifs.

Ce n'est donc pas sans raison que les articles 258 de la *Cout. de Paris* et 223 de la *Cout. d'Orléans* défendent aux époux de changer leurs conventions matrimoniales hors la présence des parents qui ont assisté et signé au contrat de mariage.

En résumé, l'erreur de Toullier vient de ce que ce jurisconsulte n'a pas su circonscrire l'arrêt du Parlement dans l'hypothèse qui lui était soumise; il en a tiré des conséquences tout à fait inattendues et auxquelles les juges de 1762 n'avaient très probablement pas pensé.

L'erreur de Toullier, qui consiste donc à voir une

contradiction flagrante entre nos articles 258 et 223, d'une part, et la jurisprudence des Parlements postérieure à 1762, d'autre part, conduit ce jurisconsulte à proposer des solutions de moins en moins admissibles. Écoutons cet auteur :

« Pour sauver cette disparate et cette incohérence, on imagina donc un nouveau motif à la disposition de la coutume qui exigeait, sous peine de nullité, la présence aux contre-lettres des parents, même collatéraux, qui avaient assisté au contrat de mariage, et l'on dit : « Quoique des conventions de mariage ne soient pas vicieuses par cela seul qu'elles ont été faites à l'insu des parents, néanmoins l'affectation marquée de ces conjoints à cacher à leurs parents et au public leurs conventions, en les faisant à part par acte séparé de leur contrat de mariage, fait regarder ces conventions comme des conventions dont les conjoints ont eu honte et qui doivent par cela même être présumées avoir été dictées par la passion que par de justes motifs. » (Cette dernière phrase est empruntée à Pothier, Préface du *Traité de la Communauté*, n° 13, texte précité.)

Ici je m'arrête pour faire observer qu'il n'est pas du tout prouvé que les motifs cités par Pothier pour justifier nos deux textes n'aient été inventés après coup, suggérés par l'arrêt de 1762.

Toullier continue : « Le raisonnement de Pothier, dit-il, conduirait à faire déclarer nuls les contrats de mariage faits hors la présence des ascendants et des

parents qui demeurent dans le lieu où se fait le contrat, car la présomption que les conjoints ont eu honte de leurs conventions s'appliquerait certainement au cas où ils les cachent à leurs pères et mères et à leurs familles présents dans le lieu où ils contractent. »

Je suis encore obligé de faire remarquer que Pothier donne au n° 13 de sa Préface du *Traité de la Communauté* un des motifs qui justifient nos deux textes, mais qu'il n'entend pas par là exclure les autres. Et en tout cas, nul n'a le droit de fausser le texte de la loi, sous prétexte d'en rechercher les motifs (1). Que nous dit, en effet, l'article 258? « Toutes contre-lettres faites à part et hors la présence des parents qui ont assisté au contrat de mariage sont nulles », que lui fait dire Toullier : « Tout contrat de mariage fait hors la présence des parents qui demeureraient dans le lieu où il a été passé est nul. »

Premier point. — Toullier continue : « Il nous paraît cependant de toute évidence, qu'en reconnaissant ce dont Pothier même convient que la présence des parents n'était pas nécessaire pour la validité des contrats de

(1) Un exemple pris dans le Code Civil fera ressortir la rigoureuse exactitude de ce que je viens de dire : Si dans l'article 1096 du Code Civil, le législateur déclare les donations entre époux révocables au gré du donateur, c'est qu'il craint que l'un des époux, n'abusant de son influence sur son conjoint, se fasse consentir des libéralités. A ce compte-là, il faudrait également déclarer révocables les donations entre concubins; cette dernière solution serait cependant une erreur.

mariage, on ne peut raisonnablement pas dire que par cela seul qu'ils y ont assisté, leur présence devient nécessaire pour la validité de changements ou des additions que les futurs, seules parties contractantes, peuvent y faire avant la célébration. Ce serait les avertir qu'il est prudent d'écarter leurs parents de leur contrat de mariage, et leur dire : « Prenez garde, si vos parents y assistent, vous ne pourrez plus rien changer, rien ajouter à votre contrat de mariage, sans les appeler tous. Au contraire, s'ils n'ont pas assisté au contrat, vous resterez libres d'y changer, modifier ou ajouter tout ce qu'à la réflexion vous jugerez à propos. »

Deuxième point. — Il nous est impossible de croire que le respect humain, cette mauvaise honte alléguée, pour rendre raison d'une incohérence dans la jurisprudence des arrêts, ait été le motif de l'article 258 de la *Cout. de Paris*, qui prononce la nullité des contre-lettres faites à part et hors la présence des parents qui ont assisté au contrat de mariage; la véritable raison, comme nous l'avons dit ci-dessus, est qu'anciennement la présence des parents au contrat de mariage, et par conséquent aux changements et additions qui en font partie, était encore alors regardée comme nécessaire pour veiller à leurs intérêts.

Sur le premier point, Toullier nous signale une des conséquences pratiques de l'article 258; mais cela ne prouve pas du tout la prétendue incohérence qu'il

signale entre ce texte et la jurisprudence des Parlements.

Sur le deuxième point : « Attendu que les parents ne peuvent effectivement veiller à leurs intérêts dans un contrat de mariage que s'ils y sont parties contractantes.

« Attendu que l'arrêt de 1762 sus visé dit en substance qu'ils n'y sont pas parties contractantes, qu'il a donc, dans ces conditions, fait prévaloir l'intérêt des enfants sur celui des parents.

« Mais, d'autre part, qu'il faut observer que l'article 258 a été écrit dans l'intérêt desdits parents.

« Par ces motifs, et devant la contradiction flagrante qui existe entre l'article 258 et la jurisprudence, déclare que ce dernier texte devrait disparaître devant les idées nouvelles. »

Telle est la conclusion de Toullier, qui s'impose d'ailleurs, s'il réussit à prouver que l'article 258 a été écrit non dans l'intérêt des époux, mais bien dans celui des familles ; car, dans le cas contraire, il y aurait non pas incohérence, mais concordance parfaite entre le texte de la loi et la jurisprudence.

Ce jurisconsulte donne des arguments qui semblent péremptoires ; il cite d'anciens usages germaniques, et, ce qui vaut mieux, l'article 26 de la *Cout. de Bourgogne*, ainsi conçu : « Le mari et la femme ne peuvent faire traité, confession ou autres contrats...si ce n'est du con-

sement des plus proches parents que *devraient succéder au mari ou à la femme.* »

Ce texte est en effet concluant, mais il est bon d'ajouter que telle ou telle proposition, exacte à une époque déterminée, peut très bien cesser de l'être dix ans plus tard ; or, l'article 258 de la *Cout. de Paris* ne nous parle plus des parents habiles à succéder aux époux, mais bien de ceux qui ont assisté au contrat de mariage. Cette modification dans le texte de la coutume résulte-t-elle d'une inadvertance, ou bien au contraire est-il vrai que dès 1580 les motifs de la loi aient changé ?

Je n'hésite pas à répondre que la présence des parents à la rédaction du contrat de mariage, exigée primitivement dans leur intérêt, ne peut plus l'être, d'après notre article 258 que dans celui des époux.

S'il en était autrement, il serait impossible de comprendre comment la présence des parents au contrat de mariage est nécessaire quand les époux sont mineurs, n'est pas exigée lorsque ceux-ci sont majeurs ; dans les deux cas en effet les contre-lettres entre époux peuvent être également préjudiciables à leurs familles.

Dans notre système, au contraire, cela s'explique parfaitement, le mineur étant censé de par la loi moins expérimenté que le majeur, devra, à peine de nullité de son contrat de mariage, y requérir l'assistance de ses parents. S'il veut avant la célébration du mariage rédiger une contre-lettre, celle-ci ne sera valable que si lesdits parents l'ont formellement autorisée. D'ailleurs

il n'est pas du tout nécessaire de supposer que les parents soient, dans ce dernier cas, parties au contrat de mariage.

Cette difficulté qui est insurmontable, si l'on admet le système de Toullier, a été éludée avec soin par ce jurisconsulte, dont l'impartialité, il est permis de le supposer, n'était pas la qualité dominante; écoutons-le, en effet, aux n^{os} 27 *in fine*, 28, 29 et 30.

27. — « Ce fut donc dans l'intérêt des familles que fut introduite la nécessité de la présence des parents aux conventions matrimoniales. »

28. — « Ce fut encore pour cette raison que la nécessité de la présence des mêmes parents fut exigée pour la validité de tous les contrats ou traités faits entre les époux, d'où l'un d'eux pouvait retirer quelques profits, comme nous l'apprend encore l'article 26 de la *Cout. de Bourgogne*. « Le mari et femme ne peuvent faire traité..... si ce n'est du consentement des plus proches parents vivants, qui devraient succéder au mari ou à la femme. »

29. — « Cette disposition finale fait bien voir que la présence des parents n'était exigée que pour les mettre à même de veiller à leurs intérêts et à ceux de leurs familles. Aussi le savant Bouhier, sur cet article adopte le sentiment de Dumoulin, le grand oracle du Droit coutumier. Ce consentement est requis, dit-il, *non solo favore mulierum, sed etiam favore agnatorum et cognatorum ne hereditaria bona diriperentur.* »

A mon avis, Toullier nous éclaire bien trop longue-

ment sur le sens d'un texte qui se suffit largement à lui-même.

Mais quand il arrive à l'article 258 de la *Cout. de Paris*, toute démonstration lui semble inutile, une seule affirmation suffit :

« Même raison d'exiger la présence des parents pour la validité des contre-lettres ».

En résumé, si l'arrêt de 1762 déclare nettement dans ses motifs que le contrat de mariage est conclu entre les époux, seules parties contractantes, n'oublions pas qu'il en tire dans son dispositif des conclusions tout à fait étrangères au principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales ; en conséquence, on doit présumer que, sur cette dernière question, il a entendu laisser les choses dans le *statu quo* ; ce qui, je l'ai montré, était parfaitement raisonnable en Droit pur.

Quant aux contre-lettres postérieures à la célébration du mariage, elles sont toujours présumées contenir des avantages indirects entre époux et, comme telles, sont frappées par la jurisprudence d'une nullité radicale.

Si, comme je me suis efforcé de le démontrer, le dispositif de l'arrêt de 1762 ne peut entraîner aucune conséquence de Droit à l'égard du principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales, il me reste, avant de passer à l'époque du Droit intermédiaire, à me justifier d'avoir si longuement commenté l'arrêt précité, lequel, je le reconnais, est en dehors du sujet de ma thèse.

Cela était cependant nécessaire, le système de Toullier, étant tout à la fois séduisant et faux, méritait donc doublement d'être réfuté, et c'est dans ce but que je lui ai consacré la plus grande partie du deuxième chapitre de ma première partie.

Mais, si les conclusions de Toullier ne peuvent être soutenues en Droit pur, l'on ne peut nier, d'autre part, qu'elles ne soient excellentes en législation, tout au moins à l'époque révolutionnaire à laquelle nous sommes arrivés.

Le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales avait été introduit dans l'ancien Droit pour assurer la stricte observation de la règle posée en l'article 282 de la *Cout. de Paris*, qui défend les donations entre époux.

Ce dernier texte avait pour but, tout au moins à l'origine, comme je l'ai montré, d'empêcher que des richesses passent d'une famille dans une autre.

Mais je ne m'avancerai pas beaucoup en affirmant que le principe de la conservation des biens dans les familles, tout imbu d'anciens préjugés féodaux, était en opposition très nette avec les idées générales de 1789, et c'est en vain qu'on alléguerait cette fois-ci contre moi que les articles 282 et 258 de la *Cout. de Paris* ont été écrits dans l'intérêt des époux, mes conclusions sont dans les deux cas les mêmes.

En résumé, il est permis, à l'époque où nous en sommes arrivés, de requérir, en s'appuyant sur des

raisons de fait, l'abrogation du principe de la prohibition des donations entre époux et sur des raisons de Droit, celui de l'immutabilité des conventions matrimoniales qui dès lors n'a plus de raison d'être.

De deux choses l'une en effet, ou le principe consacré par l'article 282 de la *Cout. de Paris* existe dans l'intérêt des parents ou bien dans celui des époux.

Dans le premier cas, s'il est fâcheux de voir des richesses importantes passer d'une famille dans une autre, nous répondons qu'il ne s'agit là que d'une considération purement égoïste, nettement hostile aux idées nouvelles et qui, partant, ne peut prévaloir.

Dans le second cas, s'il est à craindre qu'une personne peu scrupuleuse n'abuse de l'ascendant qu'elle possède sur son conjoint ou son fiancé pour se faire consentir des libéralités, déclarons toute donation postérieure au contrat de mariage révocable au gré du donateur. Il sera donc toujours temps pour celui-ci de revenir sur une décision trop précipitée.

Satisfaction nous sera d'ailleurs donnée par la loi du 17 nivôse, an II, article 14, qui laissa aux époux la faculté de s'avantager avant et après le mariage sans aucune restriction, sauf dans le cas où il y aurait des enfants issus du mariage.

Le principe nouveau passa dans le Code Civil (article 1094) dont voici le texte :

« L'époux pourra, soit par contrat de mariage, soit pendant le mariage, dans le cas où il ne laisserait point

d'enfants, disposer en faveur de l'autre époux en propriété de tout ce dont il pourrait disposer en faveur d'un étranger, et pour le cas.....

Les donations entre époux étant permises, il en résultait d'une façon implicite que le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales devait être considéré comme ayant fait son temps, nous regrettons que les auteurs du Code Civil ne l'aient pas compris.

CHAPITRE III

RÉFUTATION D'UNE ERREUR DE POTHIER

Très peu nombreux sont à ma connaissance les textes qui n'aient été mal interprétés, soit par la jurisprudence, soit par la doctrine ; innombrables sont, au contraire, les juristes qui, sous prétexte de rechercher l'esprit de la loi en dénaturent le sens. Notre article 258 dont la signification est cependant bien claire n'a pas lui-même échappé aux fausses interprétations, il a donné lieu à deux profondes erreurs que je me mets en devoir de signaler.

La première, je me borne à le rappeler, a été commise par la jurisprudence qui annulait sans distinction toutes les contre-lettres postérieures à la célébration du mariage, tandis que d'après notre texte elles sont valables à la seule condition d'avoir été autorisées par les familles des époux et dans le cas seulement où elles auraient assisté à la rédaction du contrat de mariage.

La seconde erreur est l'œuvre de Pothier : « La coutume, dit cet auteur, comprend ici sous le terme de

contre-lettres, non seulement les conventions qui dérogent et sont contraires..... etc..., mais généralement toutes les conventions et donations qui ne sont pas portées au contrat de mariage » (préface du *Traité de la Communauté*). Or, ces nouvelles conventions dont parle Pothier ne sont pas des contre-lettres, mais bien des clauses additionnelles qui, à ce titre, doivent être permises. C'est ce que je me propose de démontrer.

La meilleure réfutation de l'opinion doit être recherchée selon moi dans Pothier, ce qui, au premier abord, peut paraître bizarre. Le jurisconsulte nous dit, en effet, au paragraphe suivant : « A l'égard des actes qui ne seraient qu'explicatifs de quelques-unes des conventions portées au contrat de mariage et *qui ne contiendraient rien de nouveau*, ils ne peuvent pas passer pour contre-lettres et rien n'empêche qu'ils ne soient valables.

Pothier vient de prononcer dans ces termes la condamnation formelle de la théorie qu'il professe.

Les conventions explicatives ne sont pas sans doute des contre-lettres, mais cela m'importe peu ; si Pothier avait été logique, il eût dû les annuler, car il s'agit de « conventions additionnelles et cela suffit selon lui pour en prononcer la nullité.

Il est vrai qu'elles sont déjà portées au contrat de mariage, mais à cela je réponds que l'annulation des clauses additionnelles entraîne *a fortiori* celles des conventions explicatives.

Les conventions explicatives du contrat de mariage sont en effet particulièrement dangereuses et si, en droit pur, elles n'apportent aucun changement audit contrat, il peut arriver en fait que cette assertion ne soit pas toujours exacte. En d'autres termes, il est à craindre que, sous le prétexte d'interpréter leur contrat de mariage, les époux ne faussent le sens de ses clauses les plus claires et ne tournent ainsi la prohibition écrite dans l'article 248 de la *Coutume de Paris*.

Cette crainte est au contraire chimérique s'il s'agit de clauses additionnelles, et pour le démontrer je prends un exemple : « Primus promet à Prima, sa fille, dans son contrat de mariage, une dot de 50.000 francs, et par une clause additionnelle il stipule qu'un supplément de dot pourra être exigé », je me demande si la clause en question est valable.

A mon sens, l'affirmative ne peut soulever aucun doute, et cela sans distinguer si elle est ou non antérieure à la célébration du mariage, parce qu'elle ne change pas les conventions matrimoniales des époux. De plus, il n'est pas nécessaire, dans le premier cas, d'appliquer l'article 258. Cette clause, je le répète, ne modifie pas le contrat de mariage, elle y supplée.

Cette opinion doit être *a fortiori* adoptée dans le système que j'ai soutenu au chapitre précédent, qui consiste à dire que l'article 258 de la *Cout. de Paris* a été écrit dans l'intérêt des époux et non dans celui des familles ; or, dans ces conditions, il est impossible de

prononcer la nullité d'une convention qui n'a été conclue que pour avantager lesdits époux.

Telle semble être l'opinion de Roussilhe, quand il dit : « Observez qu'il n'y a que les avantages que les futurs se font hors la présence de leurs parents (parce qu'alors un abus d'influence d'un des fiancés sur l'autre est à craindre) et les actes qui tendent à diminuer la dot qui soient regardés comme contre-lettres ; *les dons pour augmenter les biens des futurs époux, quoique faits hors le contrat de mariage et en l'absence des parents, sont valides* ».

Il cite en ce sens un arrêt du Parlement de Provence du 6 mars 1714, où il est dit en substance qu'il n'y a que les actes qui vont contre la teneur du contrat qui soient défendus « *quando nempe deterior fit conditio dotis per pactum* ». (Roussilhe, *Traité de la Dot*, chap. IV, n° 85.)

En résumé, et quel que soit le système que l'on adopte sur les origines de l'article 258, la validité des conventions explicatives emporte celle des clauses additionnelles ; et, selon moi, il y a entre les deux textes de Pothier précités une véritable incohérence.

Mais jusqu'ici je n'ai pu soutenir la validité des clauses additionnelles qu'en mettant à profit l'inadvertance de Pothier ; or, qu'arrivera-t-il si, en Droit pur, les conventions explicatives sont nulles. Ne peut-on pas alors invalider les clauses additionnelles ?

Sans sortir du domaine du Droit pur, je réponds que le fait de prononcer la nullité d'une convention explica-

tive constitue une violation formelle de l'article 258 de la *Cout. de Paris*.

Il est vrai que ce texte (à la différence des articles 1395 et 1396 du Code Civil), ne nous parle pas de changements faits au contrat de mariage, mais bien de contre-lettres, et que, dans ces conditions, l'on peut soutenir que ce mot embrasse dans sa signification les clauses dérogatoires explicatives et additionnelles.

Cette objection ne peut m'arrêter longtemps, et pour le réfuter je donne deux arguments.

Le premier est pris dans Toullier qui, au n° 45 (t. 12), nous fait connaître l'origine du mot contre-lettre. Écoutez-le : « On sait qu'avant que l'usage de l'écriture fut devenu commun tous les actes publics étaient désignés par le mot « lettres ». C'est de là que s'est formé le mot « contre-lettre », c'est-à-dire acte contre le contrat. Le contrat et la contre-lettre sont donc deux actes séparés, dont le premier ne peut produire d'effets qu'en ce qui ne se trouve pas *détruit* ou *changé* par la contre-lettre.

Les contre-lettres de leur nature n'ont rien d'illicite ni d'odieux. Ce sont de véritables contrats, ou, si l'on veut, des distracts naturellement permis aux parties qui veulent révoquer ou changer en tout ou en partie un précédent contrat.

Le second argument est tiré du texte de l'article 1396 du C. C., qui, je le montrerai plus tard, a été inspiré par l'article 258 de la *Cout. de Paris*. « Nul changement ou contre-lettre n'est au surplus valable, » nous dit ce

texte ; cela prouve péremptoirement que ces deux mots sont synonymes, sinon il aurait fallu dire « nuls changements ou contre-lettres ne sont valables » (1).

Toullier, qui systématiquement restreint autant qu'il le peut la portée de l'art. 258 de la *Cout. de Paris*, serait en contradiction avec lui-même s'il soutenait le système de Pothier.

Aussi, après avoir affirmé et démontré que la clause additionnelle n'est pas une contre-lettre, il nous donne quelques renseignements complémentaires sur les sources de l'erreur de Pothier.

C'est en rapprochant les § 13 et 14 de la préface du *Traité de la communauté*, qu'il est facile de s'instruire sur ce dernier point : « On regarde comme contre-lettres », dit Pothier, « non seulement les conventions et donations faites depuis le contrat de mariage, mais même les donations faites, peu de jours avant ce contrat, par des personnes qui se proposaient de s'épouser et qui voulaient le cacher à leur famille. C'est ce qui a été jugé par un arrêt du Parlement de Paris, du 17 février 1716, qui a déclaré nulle une déclaration faite entre des personnes la veille de leur contrat de mariage. »

Cet arrêt que j'ai déjà cité et critiqué, constitue-t-il un argument sérieux de nature à justifier l'erreur de Pothier ? Je réponds trois fois non :

(1) Il est vrai que l'on peut m'objecter l'article 1397, qui emploie un pluriel, mais c'est là une inadvertance du législateur qui, d'ailleurs, ne figurait pas dans le projet.

1° L'arrêt de 1716 contient en soi deux erreurs. Il a fait une fausse application : a) de l'article 258 qui ne nous parle que des contre-lettres postérieures au contrat de mariage ; b) de l'article 282 qui annule les donations entre époux, mais pas celles entre fiancés ;

2° L'arrêt de 1716 annulait la contre-lettre antérieure au contrat de mariage pour le motif qu'elle contenait une donation entre époux ; Pothier au contraire annule toutes conventions additionnelles antérieures au contrat de mariage contenant ou non donation ;

3° J'ai déjà exposé que l'arrêt de 1716 était motivé par des considérants de fait et non de droit ; or, si Pothier avait été logique dans son erreur, il aurait dû en fait annuler avant les conventions additionnelles les clauses explicatives du contrat de mariage, qui permettent aux époux de tourner la prohibition écrite dans l'article 258 de la *Cout. de Paris*.

Si, quittant l'étude du droit pur, nous abordons celle du fait un texte nous apprend que les clauses additionnelles au contrat de mariage purent, jusqu'au XVIII^e siècle, être passées sans l'assistance des parents visés à l'article 258, mais qu'à cette époque elles furent soumises au droit commun (1).

Mais comme ce texte n'est, d'autre part, confirmé par aucune disposition législative ou jurisprudentielle, nous

(1) Maluot et Blin, *Droit féodal et coutumier*, t. 2, ch. 1, p. 3.

ne voulons pas lui donner plus d'importance qu'il n'en a.

J'ai ainsi fini l'étude du principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales avant 1804. Contenu tout entier dans l'article 258 de la *Cout. de Paris* et renforcé par la jurisprudence des Parlements, il en résultait que tous les changements aux conventions matrimoniales, antérieures ou non à la célébration du mariage, étaient interdits (1).

C'est donc en vain qu'on soutiendrait que la restitution amiable de la dot par le mari à sa femme fut valable. Si la femme veut garantir sa fortune personnelle contre la mauvaise administration du mari, qu'elle demande la séparation de biens à la justice, la lettre et l'esprit du principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales seront alors respectés.

(1) Sauf, bien entendu, pour les contre-lettres antérieures au mariage, à se conformer à l'art. 258. Si l'on rapproche de cette solution l'arrêt de 1716, elle se trouve justifiée.

DEUXIÈME PARTIE

Le Principe de l'Immutabilité des Conventions matrimoniales sous le Code Civil

INTRODUCTION

Avant de commenter les articles 1395 et 1396, je crois devoir continuer l'historique du principe de l'immutabilité à l'époque où je l'avais laissée, c'est-à-dire en 1804 ; car il ne suffit pas, selon moi, de constater que le législateur a édicté telle ou telle disposition, il faut rechercher encore s'il avait des raisons sérieuses de le faire.

Je suivrai donc encore le plan que j'ai adopté dans

ma première partie, sauf quelques modifications jugées par moi nécessaires, et j'étudierai les points suivants :

N° 1. — Les motifs du principe de l'immutabilité en 1804.

N° 2. — Vote énoncé des articles 1395 et 1396.

N° 3. — Commentaire de ces textes.

N° 4. — Mesures prises par le législateur pour assurer la stricte observation du principe de l'immutabilité.

N° 5. — Sa sanction.

N° 6. — Les conventions matrimoniales doivent-elles être considérées comme conclues entre les époux, seules parties contractantes, ou bien faut-il dire que le contrat de mariage est un pacte conclu entre deux familles.

N° 7. — Réfutation d'erreurs diverses.

Les numéros 3, 5 et 7 ne feront pas partie de mon introduction; je les renvoie aux chapitres I, II et III, ainsi que l'indique le plan de ma deuxième partie; et ceci posé, je commence immédiatement l'étude des numéros 1, 2, 4 et 6.

N° 1. — Motifs du principe de l'immutabilité en 1804 :

Les donations entre époux étant permises d'après l'article 1094 du Code Civil, il en résultait qu'en 1804 le principe de l'immutabilité ne se justifiait plus; tel est le point précis auquel j'ai laissé l'historique de l'article 1395.

Deux objections peuvent cependant m'être opposées; les donations entre époux étant permises, me dira-t-on, il n'en est pas moins vrai qu'elles sont essentiellement

révocables d'après l'article 1906 et, d'autre part, abstraction faite de ce dernier texte, il existe d'autres arguments pouvant justifier en 1804 le principe de l'immuabilité.

Je réponds : L'argument tiré de l'article 1096 se retourne contre ceux qui me l'opposent (1), car s'il est vrai que les donations entre époux soient essentiellement révocables, il devrait en être de même des changements apportés au contrat de mariage après la célébration du mariage, ainsi que le propose Toullier, dont le système conduit à l'abrogation pure et simple de l'article 1395 du Code Civil.

Quels sont donc alors les arguments que l'on m'oppose ? Ils peuvent se résumer en trois mots : a) intérêt des époux ; b) intérêt des familles ; c) intérêt des tiers.

a) Intérêt des époux. — Il serait inadmissible, pensent les partisans du principe de l'immuabilité, qu'un des époux put se faire consentir par son conjoint des libéralités irrévocables, cachées sous la forme de contre-lettres aux conventions matrimoniales ; il ferait ainsi indirectement ce qu'il peut faire directement d'après l'article 1096. Je leur réponds que le danger n'existe pas dans mon système, puisque ces contre-lettres sont ré-

(1) Il est vrai qu'on peut m'objecter encore l'article 1099, qui prononce la nullité des donations déguisées ; mais je ne parle ici que de législation, et dans mon système l'article 1099 devrait être abrogé.

vocables *ad nutum* comme les donations qu'elles déguisent.

b) Intérêt des familles. — Les familles peuvent avoir de gros intérêts, continuent mes contradicteurs, à ce que les conventions matrimoniales ne soient pas changées hors leur présence; il faut donc que lesdites conventions soient incommutables.

Je réponds qu'il s'agit là d'un argument imaginé par les commentateurs du Code Civil pour justifier un texte qui n'a plus sa raison d'être; le législateur de 1804, à l'instar de celui de 1580, s'est uniquement occupé de sauvegarder les intérêts des époux, mais non ceux des familles.

Et puis si cette considération était exacte, il faudrait dire : « Les conventions matrimoniales ne peuvent être changées après la célébration du mariage, si ce n'est du consentement simultané », etc. ... Or, nous allons voir que tel n'est pas le texte de l'article 1395.

c) Intérêt des tiers. — Enfin, m'objecte-t-on, les modifications apportées aux conventions matrimoniales cachent le plus souvent des fraudes contre les tiers; en conséquence, elles ne sauraient être tolérées.

Je ferai à cette observation la même critique qu'à celle qui précède, elle a été imaginée après 1804 par les commentateurs du Code Civil.

Et puis j'ajoute qu'il m'est impossible de voir là une considération de nature à justifier aujourd'hui le principe de l'immutabilité, car il est toujours facile de sau-

vegarder l'intérêt des tiers par des mesures de publicité (1).

N° 2. — Vote et énoncé des articles 1395 et 1396 :

Quoi qu'il en soit, les législateurs de 1804 ont voté sans résistance au principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales, ainsi formulé dans l'article 1395 :

« Les conventions matrimoniales ne peuvent recevoir aucun changement après la célébration du mariage. »

Ils ont ainsi consacré législativement la jurisprudence des Parlements relative aux contre-lettres postérieures à la célébration du mariage.

Mais *quid* pour les contre-lettres antérieures au mariage.

La réponse nous est donnée par l'article 1396 :

« Les changements qui y seraient faits avant cette célébration doivent être constatés par actes passés dans la même forme que le contrat de mariage.

« Nul changement ou contre-lettre n'est au surplus valable sans la présence et le consentement simultané de toutes les personnes qui ont été parties dans le contrat de mariage. »

(1) Le système du Code allemand est à mon sens excellent. L'on peut également concevoir l'application de la loi Vallette aux modifications du contrat de mariage postérieure au mariage.

Ici, deux observations sont nécessaires :

1^{re} Observation. — Les modifications au contrat de mariage étant seules permises depuis 1580, l'on s'est habitué dans la pratique à restreindre le sens du mot « contre-lettre » aux changements apportés aux conventions matrimoniales avant la célébration du mariage ; et c'est ainsi que ce mot figure dans l'article 1396, mais non dans l'article 1395.

2^e Observation. — Le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales formulé par l'article 1395 ne peut donc plus être justifié aujourd'hui, mais il n'en est pas de même de l'article 1396.

Ce dernier texte n'est pas, comme on serait tenté de le croire, une conséquence forcée de l'article 1395 ; il n'est, selon moi, qu'un corollaire du principe que le contrat fait loi entre les parties et ne peut être modifié que de leur consentement unanime qui, dans l'hypothèse, doit être simultané.

Pour prouver mon assertion, je cite les paroles de Berlier au Conseil d'Etat, dans la discussion de l'article 1396 : « Qui ne sent la corrélation et l'indivisibilité qui existent en cette matière ? Le mari reçoit 20.000 fr. d'une personne qui peut-être ne les lui eut pas donnés si pareil avantage n'avait été fait à la femme par une autre personne, s'il était permis de révoquer ou même de modifier cette dernière disposition, sans que l'auteur de la première fût présent, ne serait-ce pas une fraude envers lui ? Il faut donc, en cas de changements, que

toutes les parties y concourent, et les donateurs, quels qu'ils soient, ne sauraient être considérés comme des tiers ou de simples témoins. »

Ces motifs sont bien suffisants pour maintenir en législation l'article 1396 du Code Civil.

N° 4. — Moyens pris par le législateur pour assurer la stricte observation du principe de l'immutabilité (1) :

Bien qu'il ait perdu aujourd'hui sa raison d'être, le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales n'en figure pas moins dans le Code Civil ; il importait donc, pour le législateur de 1804, d'empêcher qu'il ne soit violé.

C'est ainsi qu'il existe, disséminés dans le Code Civil, de nombreux textes inexplicables, si on ne les rattache pas à l'article 1395.

C'est d'abord au chapitre du divorce, l'article 295 § 2, ainsi conçu : « Les époux (divorcés et remariés) ne pourront adopter un régime matrimonial autre que celui qui réglait originellement leur union. »

Le législateur a prévu ici une combinaison que je qualifierai de machiavélique, mais à laquelle, d'après lui, les époux peuvent recourir. Il est à craindre, pense-t-il, que, gênés par leur contrat de mariage, les époux ne divorcent, dans le but de rédiger à l'occasion de leur

(1) La jurisprudence a également ses moyens ; ainsi elle interdit les sociétés entre époux ; elle admet la nullité absolue des conventions faites par un incapable, contrairement à l'article 1398.

second mariage un contrat de mariage différent du premier. Ils tourneraient ainsi la loi de l'immutabilité, si l'article 295 ne s'y opposait pas.

Il y a, je le reconnais, dans ce procédé, une fraude à la loi, mais si bizarre que nul n'y eût songé si le législateur n'avait pris soin de la prévenir.

Je cite encore l'article 1451, p. 5 : « Toute convention par laquelle les époux (après un jugement de séparation de biens) rétabliraient la communauté sous des conditions différentes de celles qui la réglaient antérieurement est nulle. »

Ce texte vise encore une fraude, mais plus vraisemblable que celle visée par l'article 295.

De même aux termes de l'article 1443, § 2 : « Toute séparation (de biens) volontaire est nulle ».

C'est encore l'article 1543, § 2, dont voici la teneur : « La dot ne pourra être constituée, ni même augmentée pendant le mariage ». Ce texte, sur lequel je reviendrai au chapitre suivant, étend la portée de l'article 1395.

Enfin, pour finir, je dois observer que le législateur, suivant la tradition des pays coutumiers, a conservé dans l'article 1394 les dispositions des anciens textes concernant l'antériorité et l'authenticité du contrat de mariage. (Sur le rapport qui existe entre les articles 1394 et 1395, se reporter à ce que j'ai déjà dit dans ma première partie, à mon commentaire de l'article 203 de la *Cout. d'Orléans*.)

N° 6. — Les conventions matrimoniales doivent-elles

être considérées comme conclues entre les époux, seules parties contractantes, ou bien faut-il dire que le contrat de mariage est un pacte entre deux familles ?

Cette question qui, je le rappelle, a déjà été examinée quand j'ai parlé de l'arrêt du Parlement de Paris de 1762, ne peut plus aujourd'hui donner lieu à aucune controverse.

Pour s'en convaincre, il suffit de lire l'article 1396 :

« Nul changement au contre-lettre n'est au surplus valable sans le consentement simultané de toutes les personnes qui ont été parties dans le contrat de mariage ».

De ce texte il résulte que le contrat de mariage n'est plus, comme dans l'ancien Droit, un pacte conclu entre deux familles, et j'en conclus qu'une contre-lettre est parfaitement valable, bien qu'elle soit rédigée hors la présence des parents qui ont assisté audit contrat, mais sans y être parties contractantes.

Mais j'estimerai aller trop loin si j'affirmais que le contrat de mariage est conclu entre les époux, seules parties contractantes, car l'article 1396 ne nous parle pas des époux, mais bien de toutes les personnes qui ont été parties dans le contrat de mariage.

Ces deux observations faites, il est facile de comprendre pourquoi le législateur de 1804 qui, en quelque sorte, a calqué l'article 1396 du Code Civil sur l'article 258 de la *Coutume de Paris*, a supprimé les mots « parents qui ont assisté au contrat de mariage » pour y

substituer ceux-ci « personnes qui ont été parties dans le contrat de mariage ».

Voici donc un nouvel argument qui tend à démontrer que l'article 1396 du Code Civil est bien une application du principe élémentaire que le contrat a force de loi entre les parties.

Mais ce qui est vrai pour l'article 1396 ne peut l'être s'il s'agit de l'article 258 de la *Coutume de Paris*, et ceci pour deux raisons :

1° L'article 258 ne nous parle que des parents ; or, il peut arriver en fait qu'un étranger à la famille soit parties au contrat de mariage, les conventions matrimoniales des époux ne devaient donc pas , dans ce cas, être modifiées hors de sa présence. Tel n'est pas cependant l'article 258 ;

2° Enfin l'article 258 ne nous parle pas des parties contractantes, mais bien des personnes qui ont assisté au contrat de mariage.

Les quatre questions que je me proposais d'examiner au début de cette introduction étant étudiées, il me reste à résumer tous mes arguments pour poser une conclusion :

« Attendu que le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales n'a plus en 1804 de raison d'être. Mais attendu que la disposition de l'article 1396, étant une conséquence de l'axiome que le contrat a force de loi entre les parties, se justifie au contraire

parfaitement. Par ces motifs, je propose d'étendre à l'hypothèse visée par l'article 1395 le dispositif de l'article 1396 et de dire :

« Nul changement ou contre-lettre, antérieure ou postérieure à la célébration du mariage, n'est valable sans la présence et le consentement simultané de toutes les personnes qui ont été parties au contrat de mariage.

Ces changements devront, au surplus, être rendus publics.

Mais il est temps de quitter l'étude de la législation, pour rentrer dans celle du Droit ; il ne suffit pas d'envisager la loi telle qu'elle devrait être, il faut la montrer telle qu'elle est, et c'est pourquoi je commence immédiatement mon commentaire de l'article 1395 du Code Civil.

CHAPITRE PREMIER

COMMENTAIRE DE L'ARTICLE 1395 : « LES CONVENTIONS MATRIMONIALES NE PEUVENT RECEVOIR AUCUN CHANGEMENT APRÈS LA CÉLÉBRATION DU MARIAGE ».

Dans ce chapitre j'étudierai successivement les cinq points suivants :

- 1^o Motifs de l'article 1395 (pour mémoire);
- 2^o Portée de l'article 1395 ;
- 3^o Effets de l'article 1395 ;
- 4^o Sanction de l'article 1395 ;
- 5^o Moyens donnés par la jurisprudence aux époux de tourner la prohibition de l'article 1395 et de couvrir la nullité d'une convention dérogatoire au contrat de mariage.

Ce plan indique donc que je ne veux étudier, dans ce chapitre, que l'article 1395 et non les textes qui s'y rattachent plus ou moins étroitement, et qui ont d'ailleurs été déjà étudiés au n° 4 de mon introduction.

- 1^o Motifs de l'article 1395 (1).....

(1) Se reporter au chapitre précédent.

2° Portée de l'article 1395. — « Les conventions matrimoniales ne peuvent recevoir aucun changement après la célébration du mariage » ; telle est la teneur de notre texte.

Il en résulte d'abord que toutes les clauses qui après le mariage modifient le contrat de mariage soit pour y substituer un régime à un autre, soit pour y supprimer un article, sont nulles.

J'irai même plus loin ; il est défendu aux époux d'insérer dans leur contrat de mariage toute clause quelconque tendant à leur permettre, après la célébration du mariage, d'enfreindre l'article 1395 ; car s'il en était ainsi, ces clauses deviendraient de style et notre texte serait lettre morte.

En résumé, nous pouvons d'ores et déjà déclarer nulles les clauses suivantes :

1° Toute convention qui transforme d'une façon complète le régime primitivement adopté par les époux ;

2° Toute convention qui modifie le contrat de mariage sur un point déterminé ;

3° Toute convention par laquelle l'époux donataire renonce pendant le mariage à la libéralité qui lui est faite ;

4° Et enfin toutes ces conventions sont nulles, quand bien même elles seraient déjà visées et permises par le contrat de mariage.

Mais, en sens inverse, d'après notre texte, sont valables

toutes les clauses qui ne modifient pas le contrat de mariage.

C'est ainsi que la donation d'un immeuble en paiement de la dot constituée par un tiers et stipulée payable en argent n'a pas le caractère d'un changement aux conventions matrimoniales.

(Req. 4 août 1852 D. P. 52-1-193).

De même un tiers peut renoncer après le mariage au droit de retour qu'il avait stipulé à son profit dans le contrat de mariage (Civ. 19 Janv. 1836, cassant un arrêt de la Cour de Montpellier).

De même, bien que le contrat porte que la dot est payable au jour de la célébration du mariage, la stipulation d'un délai pour le paiement de ladite dot ne peut être invalidé (Bordeaux, 29 mars 1851, D. P., 52-2-111).

Dans tous ces cas, il est certain que la dot sera payée, et c'est là l'essentiel ; il s'agit donc de simples conventions additionnelles qui ne modifient en rien le contrat de mariage, nul doute ne peut donc s'élever au sujet de leur validité.

Mais il n'en est pas toujours ainsi, et la question est parfois très délicate de savoir si telle convention déterminée déroge ou non à l'article 1395.

Je veux d'abord parler des conventions explicatives : sont-elles encore permises aujourd'hui ?

En Droit l'affirmative est incontestable, ces clauses ne changent pas le contrat de mariage, elles l'expliquent.

Mais en fait, les tribunaux se réservent à eux seuls le

pouvoir d'interpréter les contrats de mariage ; il est donc bien rare qu'une convention explicative rédigée par les époux puisse produire quelques effets.

Cette solution a d'ailleurs été adoptée par la Cour de Cassation, le 13 novembre 1854, rejetant un pourvoi formé contre un arrêt de la Cour de Montpellier.

Je relève quelques motifs ;

« Attendu que la Cour de Montpellier s'est livrée à une appréciation d'actes et de faits qui rentraient dans le cercle de ses attributions, qu'elle n'a point modifié les conventions matrimoniales des époux X, que seulement elle les a interprétées en recherchant la commune intention des parties au moment où elles ont été formées, d'après les circonstances qui les ont accompagnées et suivies et l'exécution qu'elles ont reçue, (Qu'elle ne pouvait être liée dans ladite interprétation par de prétendues conventions explicatives du contrat de mariage rédigées par les époux après la célébration du mariage).

Cette parenthèse, implicitement contenue dans l'arrêt de la Cour de Cassation, se trouve, au contraire, explicitement formulée dans un arrêt de la Cour de Rennes du 2 Mars 1816. Je relève ces motifs :

« Considérant qu'il est de principe, de tout temps reconnu, qu'après la célébration du mariage il ne peut plus rien être changé aux stipulations réglées par le contrat qui a précédemment fixé les conditions civiles entre les époux ; que le contrat de mariage est, en

quelque sorte, un pacte de famille, de sa nature irrévocable et qui ne peut être modifié par aucune disposition subséquente, *qu'il n'y doit être rattachée aucune interprétation*, qu'il doit être entendu tel qu'il est et produire tous ses effets d'après sa teneur littérale.

Je citerais volontiers de nombreux arrêts d'espèce qui montreraient combien l'application de l'article 1395 est chose délicate dans la pratique, si je n'estimais pas qu'une telle énumération fut fastidieuse et inutile aussi me suffira-t-il de citer un seul exemple.

Ecoutons Trolong au n° 220 : « David Dardenset s'était marié en 1794. Par son contrat de mariage, il s'était engagé, conjointement avec la future épouse, à habiter en la compagnie de son père et à y porter leurs travaux, revenus et industries.

Plus tard les époux renoncèrent à cette obligation réciproque.

Après la mort du père une contestation s'éleva entre David et sa sœur, et celle-ci fit surgir la question de la validité de la renonciation aux combinaisons du contrat de mariage; comme David avait fait des acquets avec son industrie, ses fruits et ses travaux, elle voulait que ces acquets fussent rapportés.

Quoique en apparence la violation, par les époux David, de l'article 1395 semblât certaine, elle fut néanmoins déboutée par la Cour de Bordeaux dans son arrêt du 26 juillet 1838.

Et en effet, il n'y avait pas dans l'espèce violation de

l'article 1395, car les époux David ne s'étaient liés qu'en raison de l'obligation du père de leur fournir la nourriture, l'entretien et le logement. Or, si cette dernière obligation disparaissait pour quelque raison indépendante de la volonté des époux (et c'était le cas), la première n'avait plus sa raison d'être puisqu'il s'agissait d'un rapport de Droit synallagmatique (1).

Il me faut ajouter, pour finir sur le premier point, que les changements aux conventions matrimoniales peuvent résulter non seulement d'une convention entre vifs, mais encore d'un testament; nul doute que, dans ce dernier cas, ils doivent être invalidés.

C'est ce qu'a décidé la Chambre des Requêtes de la Cour de Cassation dans un arrêt fort motivé, rejetant un pourvoi formé contre l'arrêt précité.

Voici quelle était la cause. Les époux Jean Perray et Anne Buret, mariés sous le régime de la communauté légale, avaient déclaré exclure du partage de ladite communauté tous les héritiers collatéraux, pour le cas où il n'y aurait pas d'enfant dudit mariage. Nul enfant ne naquit du mariage. Puis Anne Buret mourut, laissant un testament par lequel elle appelait tous ses héritiers au partage de la communauté concuremment avec son mari, auquel elle donnait l'usufruit du tout pendant sa vie.

(1) On peut d'ailleurs justifier l'arrêt d'une autre façon; il n'y a là, je crois une convention matrimoniale.

À la mort de Jean Perray, un sieur Buret, héritier collatéral d'Anne Buret, se présenta pour demander l'exécution du testament de sa parente.

A cette requête il fut répondu, par les héritiers Perray, que le testament était sans valeur comme dérogeant à l'article 1395 du Code Civil, et qu'ils devaient en conséquence se partager la communauté à l'exclusion du sieur Buret.

Ils eurent gain de cause en première instance, en appel et en cassation; je cite les motifs de la Cour suprême, tous très juridiques :

« Attendu que par le testament dont excipe le demandeur en Cassation la testatrice disposait d'une chose qui ne lui appartenait pas, puisqu'aux termes de son contrat de mariage elle avait consenti l'exclusion de communauté, pour le cas réalisé où elle n'aurait point d'enfants ou descendants en ligne directe; que la Cour, dont l'arrêt est attaqué, ayant déduit des termes du contrat de mariage, qu'il y avait exclusion formelle des héritiers collatéraux du partage de la communauté, elle devait ainsi, qu'elle l'avait fait, repousser toute prétention du demandeur à la communauté, sans égard à des dispositions testamentaires qui ne pouvaient porter atteinte à un contrat de mariage et *qu'elle a fait ainsi une juste application de l'article 1395.*

Avant de passer à l'étude de mon troisième point (effets de l'article 1395), je termine en disant que ce texte à une portée tellement étendue, que le juge lui-

même ne saurait y porter atteinte ; mais il me faut donner quelques explications.

Je ne veux pas dire par là que le juge n'ait pas le droit d'interpréter les clauses d'un contrat de mariage dont le sens est obscur, de ce que le contrat est régi par des textes très spéciaux ; on ne saurait conclure dans le silence de la loi que les articles 1156 à 1164 du C. C. qui forment le droit commun de toutes les conventions ou contrats ne lui sont pas applicables.

D'ailleurs, si je soutenais une telle assertion, je me contredirai sur ce que j'ai dit plus haut sur les conventions explicatives.

Tout ce que je puis affirmer, c'est qu'un Tribunal ou une Cour ne peut, sous le prétexte d'interpréter des conventions matrimoniales, en dénaturer le sens, et c'est ce qu'à décidé la Cour de Bordeaux dans son arrêt du 24 août 1830, infirmant un jugement du Tribunal civil de Bordeaux du 23 janvier 1829 (D. P. 31-2-62).

En résumé, ne sont prohibées en Droit par l'article 1395 que les clauses qui changent, aux termes de cet article, les conventions matrimoniales.

Peu importe qu'elles soient l'œuvre des parties (convention, entre vifs ou testament) ou du juge, dans tous les cas elles doivent être annulées.

Mais en fait, il sera souvent fort difficile de distinguer les clauses dérogatoires des conventions additionnelles et surtout des conventions explicatives.

3° Effets de l'article 1395. — La dot ne peut-être cons-

tituée ou augmentée pendant le mariage, tel est l'article 1543 du Code Civil.

Ce dernier texte serait absolument inutile, si les effets de l'article 1395 n'étaient pas limités, car c'est changer les conventions matrimoniales que de constituer ou d'augmenter la dot pendant le mariage, et alors que ladite augmentation n'est pas prévue au contrat.

Mais il s'explique, au contraire fort bien, dans l'opinion généralement admise qui n'applique l'article 1395 que dans les rapports des époux et des parties contractantes.

Ceci se justifie en fait et en droit.

En fait, car l'article 1395, n'ayant été écrit que pour empêcher les époux de se faire des libéralités irrévocables, cachées sous la forme de changement aux conventions matrimoniales, ne peut être appliqué aux tiers.

En Droit, car nous possédons un texte qui confirme l'opinion précitée. C'est l'article 1401, § 1^{er} : « Tout le mobilier des époux tombe dans la communauté », nous dit ce texte, « et cela quand même il leur serait échu à à titre de succession ou de donation, si le donateur n'a exprimé le contraire ».

Est-ce à dire alors que le contrat de mariage doit être, dans tous les cas, réputé « *res inter alias acta* » pour ceux qui n'y auraient pas été parties ? Non, très certainement, car présentée sous cette forme l'assertion n'est pas exacte.

Pour le prouver, je prends un exemple : une femme

mariée sous le régime dotal vend, régulièrement autorisée par son mari, un bien dotal; puis, plus tard, aux termes de l'article 1554 du Code Civil, elle demande la nullité de l'aliénation ainsi faite.

Le tiers acheteur peut, sans aucun doute, lui répondre par une demande reconventionnelle en garantie et la poursuivre sur ses biens paraphernaux si elle en a.

Mais faut-il aller plus loin et doit-on l'admettre à prétendre que la dotalité du bien, n'étant établie que dans un contrat auquel il n'a pas été partie, ne lui est pas opposable.

Il n'y est pas fondé, car la femme a fait dans l'espèce susvisée ce qu'elle n'avait pas le droit de faire; le bien vendu étant inaliénable d'après l'article 1554 du Code Civil, la vente est nulle; peu importe qu'il ait été rédigé, au moment de la vente, une contre-lettre stipulant l'inaliénabilité du bien vendu, cette contre-lettre est nulle par application de l'article 1395.

Toute autre est l'hypothèse visée par l'article 1401 § 1.

Aux termes de cet article, ai-je dit, la communauté se compose activement :

« 1° De tout le mobilier que les époux possédaient au jour de la célébration du mariage, ensemble de tout le mobilier qui leur échoit pendant le mariage à titre de succession ou de donation, si le donateur n'a pas exprimé le contraire ».

Ce texte constitue-t-il une exception au principe posé dans l'article 1395? Nullement, car le donateur peut

mettre à la libéralité qu'il fait aux époux toutes les conditions qu'il lui semble bon d'y apposer, ces conditions sont, il est vrai, dérogoires au contrat de mariage, mais qu'importe puisqu'il n'y a pas été partie.

J'ajoute que la disposition de l'article 1401 § 1 peut s'expliquer d'une autre façon sans qu'il soit besoin d'y voir une dérogation au principe de l'immutabilité. Il y a, en effet, dans l'espèce visée par l'article 1401 § 1, une convention avantageuse pour les époux. Or, appliquer l'hypothèse l'article 1395 ce serait tourner contre les époux une prohibition qui n'a été établie que dans leur intérêt (J. G. *Contrat de mariage*, 348).

C'est en adoptant cette idée que la Cour de Bordeaux, dans un arrêt du 29 mars 1851 (précité), a jugé valable la constitution d'une hypothèque durant le mariage garantissant le paiement de la dot, alors qu'il avait été stipulé par le contrat de mariage « que la célébration du mariage vaudrait quittance de la dot » (D P. 52-2-111). (Voir encore un autre arrêt de la même Cour du 30 mai 1859.)

En ce sens, je peux encore citer un jugement du Tribunal de Versailles du 7 décembre 1824. Voici quelle était l'espèce.

Dans un contrat de mariage, il avait été stipulé que les parents de la fiancée ne pourraient être tenus de fournir aucune sûreté pour le paiement de la dot. Or, par un acte postérieur et contraire aux conventions matrimoniales, lesdits parents constituaient une hypo-

thèque sur un de leurs immeubles et le vendaient ensuite.

L'acheteur dudit immeuble, actionné en paiement de la dot par l'effet de l'hypothèque, répondit qu'elle était nulle, comme ayant été constituée contrairement aux prescriptions de l'article 1395.

Il perdit cependant son procès devant le Tribunal de Versailles, dont je relève quelques motifs. « Considérant que les contre-lettres et autres actes de même nature, prohibés de tout temps et actuellement par l'article invoqué par les créanciers qui ont élevé le contredit, seraient des actes par lesquels il serait innové, aux conditions sous lesquelles le mariage a été conclu, au préciput aux gains de survie, etc... Que si l'on pouvait considérer la concession d'hypothèque de X... à sa fille comme un avantage, lorsqu'il était débiteur de 50 000 francs et qu'elle n'était, en conséquence, pas gratuite. *Aucune loi ne défend à un père d'avantager son enfant après le mariage* et qu'il n'est pas rare de voir des pères et mères, à l'occasion de leur fortune, par des dons fait postérieurement au mariage, etc... qu'ainsi la constitution d'hypothèque qui fait la matière du contrat, était licite qu'elle ne peut être raisonnablement qualifiée contre lettre ni participant à aucune contre-lettre.

Sur appel, la Cour de Paris confirma le jugement de première instance en adoptant les motifs des premiers

juges. (Voir cependant en sens contraire un arrêt de la Cour de Dijon, du 17 juillet 1816.)

Enfin, que l'on justifie la disposition de l'article 1401 comme l'on voudra cela m'importe peu si l'on n'y voit pas une dérogation au principe de l'immutabilité, et si l'on conclut que l'article 1395 n'a d'effet qu'à l'égard des époux et des personnes qui ont été parties au contrat de mariage.

Tout autre encore est l'article 1543, aux termes duquel la dot ne peut être constituée, ni même augmentée pendant le mariage.

Ce texte s'explique historiquement, on sait en effet qu'en 1804 le régime dotal ne fût conservé dans notre Code Civil, que grâce à l'intervention énergique des pays de Droit écrit ; or, dans ces conditions l'article 1543 nous apparaît alors comme étant le résultat d'une transaction entre les partisans et les adversaires dudit régime et de l'inaliénabilité dotale qui en était l'inévitable conséquence.

Le régime dotal, disaient les pays coutumiers, sera conservé, c'est entendu, mais il faut alors que la dot inaliénable ne puisse être constituée ou augmentée pendant le mariage, car s'il en était autrement les effets toujours fâcheux de l'inaliénabilité dotale pourraient être augmentés pendant le mariage, ce qui serait inadmissible (1).

(1) C'est ce qui résulte des paroles de Tronchet dans la discussion de ce texte et c'est selon moi la meilleure justification de l'article 1543.

De ce qui précède, je peux d'ores et déjà conclure que l'article 1543 est d'ordre public, et de cette assertion je peux tirer deux conséquences :

1^o Toute stipulation contraire à l'article 1343 est nulle.

2^o L'article 1543 est toujours applicable, et cela quand même les donateurs de biens dotaux n'auraient pas été parties au contrat de mariage.

Mais il n'en est pas moins vrai, d'autre part, que l'article 1543 est un texte exceptionnel, et cela parce qu'il exagère les effets d'un autre texte (art. 1395) tout à fait exorbitant du Droit commun.

De cette nouvelle assertion je tire encore deux conséquences :

1^o Le législateur de 1804 n'a eu pour objet, en écrivant l'article 1543, que d'empêcher les époux ou les tiers d'accroître pendant le mariage les effets de l'inaliénabilité dotale; *a contrario*, il est loisible au donateur d'attribuer à l'objet donné les caractères généraux des biens dotaux, sauf toutefois en ce qui concerne l'inaliénabilité. *A fortiori*, le donateur peut il diminuer la dot en stipulant paraphernaux des biens qui devraient être dotaux d'après le contrat de mariage.

2^o L'article 1543 ne peut être appliqué que sous le régime dotal, quoiqu'en dise Troplong; il en résulte qu'une femme, commune en bien, ne peut recevoir des donations sous la condition que les biens donnés seront inaliénables.

Ces clauses d'inaliénabilité étaient, il est vrai, défendues par l'article 138 du projet, mais il me faut ajouter que ce texte a disparu de la rédaction définitive; c'est donc encore un nouvel argument à l'appui de ma thèse.

Quoique rigoureusement juridique à mon sens, cette solution n'a cependant pas triomphé, le 30 juin 1896, devant le Tribunal de Carpentras (D. P. 1900 - 1 - 535).

« Attendu, dit le Tribunal, qu'il est de principe que les conventions matrimoniales soient immuables, que la dot ne peut être ni constituée, ni augmentée, ni diminuée pendant le mariage. Que cette règle est applicable même aux tiers, qui font des libéralités aux époux pendant le mariage, en ce sens que si la femme est mariée sous le régime de la communauté, il ne peut être stipulé par le donateur que les biens donnés seront dotaux, qu'une telle convention doit être réputée non écrite. »

Ce jugement interprète faussement, selon moi, l'article 1543 et cela sur deux points :

1° Il est faux de dire que la dot ne puisse être diminuée pendant le mariage, car l'article 1543 est un texte exceptionnel dont la portée ne peut être étendue en dehors de ces termes ;

2° Pour les mêmes raisons, l'article 1543, étant inséré au chapitre du régime dotal, ne saurait être appliqué au régime de la communauté.

Malgré toutes ces raisons, ce jugement a été confirmé successivement par la Cour d'appel de Nîmes, et par la

Cour de cassation. Mais pourquoi? C'est qu'il évitait soigneusement de citer l'article 1543 qu'il violait ouvertement, et il est au surplus fort intéressant de constater que ce texte n'est indiqué ni dans le jugement ni dans les deux arrêts.

Le jugement du Tribunal de Carpentras semble faire l'application de l'article 1395. « Attendu, dit-il en effet, que les conventions matrimoniales sont immuables. » Mais ce n'est qu'une illusion, car plus loin nous lisons : « Attendu que la dot ne peut être ni constituée, ni augmentée, ni diminuée pendant le mariage (énoncé de l'article 1543), que cette règle est même applicable aux tiers qui font des libéralités aux époux pendant le mariage ».

Or, sur ce second point, nous savons déjà que l'article 1395 n'est pas applicable aux tiers.

Contrairement à l'opinion que je partage, Troplong affirme que l'article 1543 est applicable non seulement sous le régime dotal, mais encore sous tous les autres régimes et il donne comme argument la défaveur que la loi fait en général à toutes les clauses d'inaliénabilité.

L'objection à mon sens ne porte pas; car si la loi rejette les clauses d'inaliénabilité perpétuelles, elle les admet au contraire, ainsi que la jurisprudence, si elles sont temporaires (1). (Voir comme exemples articles

(1) Et à condition qu'elles soient justifiées par l'intérêt du donateur ou du donataire.

1048 et suivants du Code Civil et un arrêt de la Cour d'Angers du 29 juin 1842 D. P. 42-2-18.)

Ces clauses d'inaliénabilité temporaire, l'article 1543 les défend, il est vrai, dans un cas particulier ; mais dans ces conditions il doit être interprété restrictivement.

En résumé, sur ce troisième point l'article 1395 n'a d'effet qu'entre les époux et les parties contractantes, et l'article 1543 en est la preuve évidente.

On entend donc par convention matrimoniale aux termes de l'article 1395, toute convention tendant dans sa portée à changer le contrat de mariage, et conclue entre les époux et les parties contractantes ou même avec des tiers, si elle crée à la charge desdits époux quelque obligation non prévue au contrat de mariage.

4° Sanction de l'article 1395.— Les conventions matrimoniales dérogeant au contrat de mariage sont nulles (argument du mot : « Elles ne peuvent »). Cette nullité étant au surplus d'ordre public d'après la jurisprudence, il en résulte qu'elle ne peut être couverte pendant le mariage (Metz, 26 novembre 1823, J. G. *Contrat de mariage*, 387, Toulouse, 15 avril 1842, *Contrat de mariage*, 334.

5° Moyens donnés aux parties par la jurisprudence d'obvier aux prohibitions de l'article 1395 et de couvrir la nullité d'une convention dérogatoire au contrat de mariage.

La loi est faite pour être tournée, nul n'ose le dire, mais tout le monde le pense, et, suivant l'expression un

peu rude mais très véridique de Molière; « les hommes de loi eux-mêmes ne donneraient pas un sou de leur métier » s'il n'en était pas ainsi.

Et spécialement pour le principe de l'immutabilité que nous commentons la jurisprudence, usant d'une complaisance que pour ma part je trouve excessive, a imaginé deux expédients qui permettent aux époux d'éluder les prohibitions qu'il édicte.

Je veux parler des régimes matrimoniaux à terme et sous condition, mais prenons d'abord deux exemples :

1^o Par contrat de mariage du 1^{er} janvier 1900, les époux X... adoptent, je le suppose, le régime de la communauté réduite aux acquets jusqu'au 1^{er} janvier 1901, mais, à cette date, le régime dotai lui sera substitué de plein droit.

2^o Par contrat de mariage du 1^{er} janvier 1900, les époux X... adoptent, je le suppose, le régime de la communauté réduite aux acquets, mais stipulent que le régime dotai lui sera substitué de plein droit si le mari fait de mauvaises affaires dans une maison de commerce qu'il dirige.

Ici, deux questions se posent :

1^o Ces stipulations sont-elles valables ?

2^o Et si elles ne le sont pas, quels sont les arguments qu'invoque la jurisprudence pour les valider ?

A mon avis, ces deux combinaisons sont nulles, comme dérogeant à l'article 1395 et j'ai pour moi la haute autorité de M. Planiol : « Le Code, nous dit cet

auteur, a donné à la règle de l'immutabilité une importance et une rigueur qu'elle n'avait jamais eues et qui ne semblent guère compatibles avec ces espèces de changement à vue machinés à l'avance.

Certes, je ne puis être suspecté d'être partisan du principe de l'immutabilité, mais j'estime qu'une abrogation pure et simple de l'article 1395 serait préférable à toutes ces subtiles combinaisons de la jurisprudence, qui ne sont conformes ni au texte ni à l'esprit de la loi.

Mais alors, quels sont donc les arguments qu'on peut invoquer à l'appui de la thèse de la jurisprudence ?

1° D'abord, peut-on dire, toutes ces combinaisons étaient valables dans l'ancien Droit, pourquoi n'en serait-il plus de même aujourd'hui ? (Lebrun, *Communauté*, t. I, ch. 3, n° 10 ; Pothier, *Communauté*, n° 78. (Voir également un arrêt du Parlement du 22 mai 1759.)

Je réponds que cela n'est pas bien sûr ; je respecte beaucoup Lebrun et Pothier, mais enfin il n'y a là que des opinions isolées qui ne peuvent prévaloir (1).

Et, même en supposant que cela fût vrai, je rappelle que dans l'ancien Droit les contre-lettres postérieures au mariage n'étaient défendues par aucun texte de loi, mais bien par la jurisprudence, et que dans ces conditions elle avait pleins pouvoirs pour lever les prohibi-

(1) L'arrêt du 21 mai 1757 n'est pas en effet un arrêt de règlement.

tions qu'elle édictait ; mais on sait qu'aujourd'hui il n'en est plus ainsi.

Les régimes sous condition, dit-on encore, doivent être admis grâce à la rétroactivité de la condition ; le second régime substitué au premier est censé, par ce motif, avoir été adopté dès le jour du mariage ; or, dans ces conditions, le principe de l'immutabilité est respecté.

Je réponds qu'il faut voir là une subtilité jurisprudentielle qui met à néant la prohibition de l'art. 1395 ; j'ajoute que, dans l'opinion communément admise qui prétend que ce texte a été écrit dans l'intérêt des tiers, la thèse de la jurisprudence est inadmissible.

Pour le prouver, je reprends mon deuxième exemple, et je suppose qu'une aliénation de biens dotaux ait été faite avant la réalisation de la condition qui détermine l'adoption du régime dotal.

Le régime dotal étant alors censé gouverner les intérêts des époux depuis le jour de leur mariage, il en résulte que l'aliénation ainsi faite est nulle et que l'acheteur doit être de droit dépossédé (art. 1179 et 1554 combinés) ; mais alors il me semble qu'on fait bon marché de l'intérêt des tiers.

Quant aux régimes à terme, ce dernier argument ne peut être invoqué, car on sait en effet que le terme est dénué de tout effet rétroactif ; mais alors une autre objection de Droit peut nous être opposée.

Aux termes de l'article 1399 nous dit-on, « la Com-

munauté, soit légale, soit conventionnelle, commence au jour du mariage contracté devant l'officier de l'état civil : on ne peut stipuler qu'elle commencera à une autre époque ».

Ce texte, on le voit, ne prohibe que le régime de la communauté sous un terme suspensif.

Il en résulte *a contrario* que :

1° La communauté sous un terme extinctif est permise ;

2° Que les autres régimes sont permis, qu'ils soient contractés sous un terme extinctif ou suspensif.

L'objection, à mon sens, ne porte pas, car il y a des textes pour lesquels l'argument *a contrario* ne saurait être admis ; ce sont ceux qui, à l'instar de l'article 1399, contiennent en soi une application du Droit commun.

En résumé, l'adoption d'un régime à terme et sous condition est nulle selon moi, comme dérogeant au principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales. (Voir sur cette question trois arrêts de la Cour de Colmar, dont le plus ancien est du 8 mars 1864, D P., 64-2-85.)

Mais on ne pourrait pas en dire autant de l'adoption du régime de la séparation de biens judiciaire pendant le mariage et du rétablissement du régime primitif.

On sait, en effet, qu'aux termes de l'article 1443, la femme mariée peut, quel que soit le régime adopté, se

séparer de biens d'avec son mari sous certaines conditions.

Mais il faut pour cela un jugement (arg. art. 1443, al. 2). Le juge peut donc, dans ce cas, mais dans ce cas seulement, apporter une dérogation au principe de l'immutabilité.

Les époux peuvent alors, quand ils le veulent, rétablir leur régime primitif sous les conditions déterminées par l'article 1451; mais y a-t-il là dérogation à l'article 1395? Nullement, ils ne changent pas leurs conventions matrimoniales, bien au contraire, ils les rétablissent.

Le rétablissement du régime primitif doit être au surplus pur et simple, il est rétroactif (même article).

On peut m'objecter que l'article 1443 ne parle que du rétablissement du régime de la communauté, mais je réponds qu'il statue de *eo quod plerum quæ fit* (voir comme exemple un jugement du Tribunal civil de Nîmes, du 30 juillet 1896, D. P. 97-2-315).

Les époux peuvent-ils ratifier les conventions dérogatoires? Oui, mais il faut, comme je l'ai déjà dit au n° 4, que la ratification intervienne après la dissolution du mariage (arg. art. 1338, solution adoptée par les arrêts de Metz et de Toulouse précités).

Cette ratification, d'après l'arrêt de la Cour de Toulouse du 15 avril 1842, n'a pas d'effet rétroactif.

CHAPITRE II

COMMENTAIRE DE L'ARTICLE 1396.— LES CHANGEMENTS QUI Y SERAIENT FAITS AVANT CETTE CÉLÉBRATION DOIVENT ÊTRE CONSTATÉS PAR ACTE PASSÉ DANS LA MÊME FORME QUE LE CONTRAT DE MARIAGE. — NUL CHANGEMENT OU CONTRE-LETTRE N'EST, AU SURPLUS, VALABLE SANS LA PRÉSENCE OU LE CONSENTEMENT SIMULTANÉ DE TOUTES LES PERSONNES QUI ONT ÉTÉ PARTIES DANS LE CONTRAT DE MARIAGE.

J'ai déjà fait observer à plusieurs reprises que l'article 1396 n'était qu'une simple application du principe que « le contrat a force de loi entre les parties », j'en ai donné les raisons dans mon introduction à la deuxième partie.

Si je rappelle maintenant cette assertion, qui d'ailleurs est celle de Laurent (t. 21, n° 93) (1), c'est dans le but d'indiquer aux lecteurs que je juge inutile de m'étendre

(1) Mais cet auteur en tire au n° 101 des conséquences diamétralement opposées aux miennes.

longuement sur ce texte et que si j'en fait dans ce chapitre un commentaire sommaire, ce n'est que par déférence pour l'opinion généralement admise qui le rattache au principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales.

Adoptant cette manière de voir, il est facile maintenant de s'expliquer l'ommission que j'ai faite de l'article 1404, § 2, au n° 4 de mon introduction.

Voici, au surplus, la teneur de ce texte :

« Néanmoins, si l'un des époux avait acquis un immeuble depuis le contrat de mariage, contenant stipulation de communauté et avant la célébration du mariage, l'immeuble acquis dans cet intervalle entrera dans la communauté, à moins que l'acquisition n'ait été faite en exécution de quelque clause du contrat de mariage auquel cas elle serait réglée par la convention ».

Quelques auteurs ont voulu conclure que l'article 1404, § 2 se rattachait au principe de l'immutabilité, mais il me faut observer, d'une part, que cette thèse est en général très critiquée, j'ajoute que dans mon système elle est inadmissible, puisque ce texte ne peut être, même dans l'opinion de ceux qui la soutiennent, qu'une conséquence de l'article 1396.

Ceci posé, j'étudierai successivement les points suivants :

1° Historique de l'article 1396.

2° Ses sources, conséquences.

3° Que faut-il entendre par parties au contrat de mariage ?

4° De quelle nature doit être le consentement des parties contractantes ?

5° Portée et effets de l'article 1396.

6° Quelles sont les conditions de validité des contre-lettres à l'égard des tiers :

1° Historique de l'article 1396. — L'on sait déjà que l'article 1396, en apparence calqué sur l'article 258 de la *Cout. de Paris*, en diffère cependant d'une façon assez sensible ; c'est un point déjà étudié et sur lequel je ne veux pas revenir.

Le projet portait ceci :

« Les changements qui seraient faits au contrat de mariage doivent être constatés par acte authentique » ; ces derniers mots furent remplacés dans le texte définitif par ceux-ci : « acte passé dans la même forme que le contrat de mariage ». (C'est-à-dire par acte notarié).

Cette modification du projet me semble raisonnable, car on sait qu'un acte authentique n'est pas nécessairement rédigé par un notaire (1).

D'autre part, dans la discussion de l'article 1396 au Conseil d'Etat, Jollivet demanda que l'on ajoute, dans la deuxième partie de l'article, à ces mots : « sans la

(1) L'incohérence est plus de forme que de fonds, car l'acte authentique, dans le cas de l'article 1396, ne peut être rédigé que par un officier public compétent (art. 1317), c'est-à-dire par un notaire.

présence de toutes les personnes qui ont été parties au contrat », ceux-ci : « ou elles dûment appelées ».

Cette précaution lui paraissait nécessaire pour empêcher que la mauvaise volonté de ces personnes ne nuisît aux contractants.

Cependant cet amendement fut rejeté et, à mon sens, avec raison, car s'il en avait été autrement, je serais obligé de constater, dans l'article 1396, une incohérence de forme.

Relisons, en effet, le deuxième paragraphe de l'article 1396 corrigé par l'amendement de Jollivet.

« Nul changement ou contre-lettre n'est au surplus valable sans la présence et le consentement simultané de toutes les personnes qui ont été parties dans le contrat de mariage, ou elles dûment appelées ».

Or, nous dit Laurent, (t. 21, n° 97) : « Si la loi exige la présence et le consentement simultané de tous ceux qui ont été parties au contrat de mariage, peut-on dire qu'ils sont présents lorsqu'ils ont été dûment appelés et qu'ils ne répondent pas à l'appel? Il y a des cas où le silence équivaut au consentement, mais comment la non-présence pourrait-elle équivaloir à la présence ».

Donc de deux choses l'une :

Ou l'on devait rejeter, ainsi qu'on l'a fait, l'amendement de Jollivet, ou si on l'admettait, il fallait dire :

« Nul changement ou contre-lettre n'est au surplus valable sans qu'on y ait dûment appelé toutes les personnes qui ont été parties au contrat de mariage ».

Mais ce que l'on ne pouvait pas faire, c'était d'accepter l'amendement de Jollivet à titre de clause additionnelle au texte actuel de l'article 1396.

2° Source de l'article 1396. Conséquences.

L'article 1396 a sa source, ainsi que je l'ai déjà dit plusieurs fois, dans l'article 1134 du Code Civil et non dans l'article 1395.

De cette assertion, il résulte, quant à la sanction de ce texte, plusieurs conséquences :

1° La nullité qui résulte de l'inobservation des formes prescrites par l'article 1396 est relative ; elle ne peut être en conséquence invoquée que par les parties au contrat de mariage ;

2° Elle est couverte par la renonciation expresse de s'en prévaloir (en ce sens Toullier, n° 55, *J. G. Contrat de mariage* n° 424) ;

3° Elle est encore couverte par l'exécution volontaire de la clause irrégulière, ou bien encore par la prescription de 10 ans, conformément à l'article 1304.

4° Cette prescription commence à courir contre ceux qui jouissent de leur capacité complète du jour de l'inobservation des formes prescrites à peine de nullité, et pour la femme de celui de la dissolution du mariage.

Toutes ces conséquences, rigoureusement logiques si l'on admet mon système, sont en général rejetées par la jurisprudence.

C'est ce que nous apprend la Cour de Bastia dans son arrêt du 16 janvier 1856 (D. P., 56-2-58.)

« Considérant, dit la Cour, que le principe de l'immutabilité du contrat de mariage, après la célébration du mariage, est d'ordre et d'intérêt public.

« Considérant d'ailleurs qu'admettre que les contre-lettres modificatives du contrat de mariage, lorsqu'elles sont rédigées en contravention aux articles 1394 et suivants du Code Napoléon, puissent être validées par une ratification donnée durant le mariage, ce serait méconnaître les règles les plus constantes de notre législation, bouleverser l'économie du Code Napoléon, etc. »

La Cour fait donc application de l'article 1395, et sur ce point elle viole les « règles les plus constantes de notre législation auxquelles elle fait allusion, puisque la contre-lettre susvisée avait été rédigée avant la célébration du mariage. »

Poursuivant son idée fausse, la Cour de Bastia décide en conséquence que le sort de la contre-lettre susvisée doit être régi non par l'article 1396, mais par l'article 1395; ce qui, à mon sens, est une erreur grossière.

Mais, dans un autre système, on peut admettre que les mots « Considérant que le principe de l'immutabilité du contrat de mariage après la célébration du mariage », se sont glissés dans les motifs de l'arrêt par suite d'une inadvertance, et dans ce cas, la Cour de Bastia aurait appliqué l'article 1396, en le déclarant, comme l'article 1395, d'ordre public. »

S'il en est ainsi, les conséquences qu'elle en tire sont logiques ; mais on sait déjà que je n'admets pas cette thèse. (Sur le caractère d'ordre public de la nullité de l'article 1396, voir encore un arrêt de la Cour de Nîmes du 23 janvier 1843, J. G., *Contrat de Mariage*, 405),

Cependant si la nullité de l'article 1396 est d'ordre public, comme prétend le démontrer la jurisprudence, il en résulte que tout intéressé a le droit de la provoquer, et cela quand même il n'aurait pas été partie au contrat de mariage.

Cette assertion, déduite logiquement du système de la jurisprudence, est, à mon sens, inadmissible.

3° Que faut-il entendre par parties au contrat de mariage ?

Les parties au contrat de mariage sont :

1° Les époux.

2° Ceux qui assistent les interdits, ainsi que les mineurs de 21 ans.

3° Ceux qui assistent les individus pourvus d'un conseil judiciaire, mais dans le cas seulement où leur assistance est nécessaire, à raison des dispositions que contient le contrat de mariage.

4° Ceux qui font des libéralités aux époux, ou même, d'après quelques auteurs, ceux qui se contentent de leur faire de simples promesses en faveur du mariage.

Sur les deux premiers cas, je rappelle quelques questions controversées.

A) Faut-il appliquer l'article 1396 s'il n'y a pas d'autres parties au contrat que les futurs époux.

Je fais observer que la controverse n'existe que pour le deuxième § de notre texte et encore, à mon sens, l'affirmative ne saurait faire de doutes.

α) D'abord les époux sont incontestablement parties au contrat de mariage, et cela suffit pour appliquer l'article 1396, *lex non distinguit*.

(b Cette solution doit être très certainement admise dans mon système qui ne voit dans l'article 1396 qu'une conséquence forcée de l'article 1134.

« Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites », dit ce dernier texte, et cela, quelque infime que soit le nombre des parties contractantes ; là encore *lex non distinguit* (en ce sens Douai 1^{er} août 1854 D. P. 55-2-3) ».

B) Sous l'empire du Code Civil on discutait la question de savoir si l'ascendant qui assiste le mineur de 25 ans est partie au contrat de mariage.

Selon moi, la négative doit être soutenue, le mineur de 25 ans, incapable de se marier sans le consentement de ses parents, peut néanmoins faire par anticipation son contrat de mariage et cela, sans qu'aucune autorisation soit nécessaire. Si l'ascendant a été convoqué au contrat de mariage, ce ne peut donc être qu'*honoris causa*.

D'ailleurs, cette solution ne peut plus faire de doute

depuis la loi du 21 juin 1907, qui, on le sait, a reporté pour les hommes la majorité matrimoniale à 21 ans.

Mais quant à ceux qui se contentent d'assister au contrat de mariage sans rentrer dans aucune des catégories ci-dessus indiquées, ils ne sauraient y être considérés comme parties contractantes, et en conséquence ils ne peuvent même, s'ils y ont intérêt, provoquer la nullité d'une contre-lettre rédigée contrairement aux dispositions de l'article 1396. (Voir J. G. *Contrat de mariage*, 411)

Cette solution, parfaitement en harmonie avec le texte de la loi, ne devrait pas être admise en bonne logique dans le système de la jurisprudence qui, on le sait, considère la nullité de l'article 1396 comme étant d'ordre public.

4^a De quelle nature doit être le consentement des parties contractantes ?

Il doit être simultané, nous dit la loi.

Le consentement unanime, mais non simultané, ne suffirait donc pas, et Toullier nous en donne les raisons :

« C'est qu'on peut craindre, dit-il, que des consentements séparés ne s'obtiennent plus facilement. Tel consent seul, qui refuserait s'il était accompagné et soutenu par d'autres. D'ailleurs la présence de toutes les parties peut faire naître une discussion qui donne des éclaircissements auxquels on n'avait pas songé. (Toullier, tome 6-2, p. 45, n° 50).

Le consentement simultané des parties au contrat est

nécessaire dans tous les cas, et cela quand même les futurs époux sont seules parties en cause.

Cette solution a été adoptée par le Tribunal de Valenciennes dans un jugement du 5 janvier 1854, confirmé par la Cour d'Appel de Douai, le 1^{er} avril 1854 (arrêt précité D. P. 55-2-3).

J'approuve volontiers ces deux décisions de justice, car elles ne font, à mon sens, qu'appliquer purement et simplement le texte de l'article 1396.

Divers auteurs admettent que les parties au contrat de mariage peuvent valablement se faire représenter à la rédaction d'une contre-lettre par un fondé de pouvoirs, ce qui les conduit à décider qu'un même mandataire peut valablement représenter toutes les parties en cause. Un tel procédé, pense à juste titre Laurent (t. 28, n° 98), constitue une violation indirecte de l'article 1396, qui semble exiger une délibération et un consentement simultané.

Mais ne peut-on pas soutenir que la présence des parties à la rédaction d'une contre-lettre n'est exigée que dans la mesure où elles ont intérêt que le contrat de mariage ne soit pas modifié.

Cette thèse excellente, en fait, ne me semble pas devoir être admise en droit, étant donnés les termes de l'article 1396 qui décident que nulle contre-lettre n'est valable sans la présence et le consentement simultané de toutes les personnes qui ont été parties au contrat de

mariage. *Ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus.*

5° Portée et effets de l'article 1396.

A) Portée. — Il y a contre-lettre prohibée dans tous les cas où la même convention, si elle était postérieure à la célébration du mariage, tomberait sous la prohibition de l'article 1395 (J. G., *Contrat de mariage*, n° 395).

B) Effets. — C'est pourquoi, contrairement à l'opinion de beaucoup d'auteurs (voir surtout Laurent), je déclare nul tout changement de régime contenu dans la période intermédiaire qui sépare le contrat de mariage du mariage; il n'y a pas, dans ce cas, adoption d'un nouveau régime, mais bien contre-lettre prohibée par l'article 1396.

L'article 1396 n'a d'effets qu'entre les personnes qui ont été parties au contrat de mariage (lire le texte).

6° Quelles sont les conditions de validité des contre-lettres à l'égard des tiers ?

La réponse nous est donnée par l'article 1397 dont voici la teneur :

« Tout changement et contre-lettres, même revêtus des formes prescrites par l'article précédent, seront sans effet à l'égard des tiers, s'ils n'ont été rédigés à la suite de la minute du contrat de mariage, et le notaire ne pourra, à peine de dommages et intérêts des parties (ou des tiers), et sous plus grande peine s'il y a lieu, délivrer ni grosses ni expéditions du contrat de mariage, sans transcrire à la suite le changement ou la contre-lettre.

CHAPITRE III

RÉFUTATIONS D'OPINIONS FAUSSES

La législation est une chose et le Droit en est une autre. En législation, je me suis efforcé de démontrer dans ma première introduction que le principe de l'immutabilité produisait en fait des effets fâcheux et qu'en Droit son maintien dans le Code Civil ne pouvait être défendu puisque, d'une part, il déroge au principe élémentaire que tous les contrats peuvent être résiliés par la volonté des parties contractantes et que, d'autre part, les raisons qui, dans l'ancien Droit, militaient en sa faveur, n'existent plus aujourd'hui. C'est en adoptant ces motifs que j'ai conclu à l'abrogation pure et simple de l'article 1395 du Code Civil. (Voir sur ces points deuxième introduction.)

Mais, en Droit, je suis obligé de constater que le principe de l'immutabilité figure dans le Code Civil dans des termes suffisamment clairs pour ne laisser aucun doute dans la pensée de l'interprète, qui doit, en conséquence, respecter la loi et l'appliquer telle que le législateur l'a écrite.

Cette dernière assertion m'amène à réfuter une erreur de Toullier. Si cet auteur admet avec nous qu'il faille respecter la loi, il ajoute qu'il n'est pas possible d'admettre telle quelle la formule du législateur si l'on considère l'état des textes sur la révocabilité des donations entre époux.

Les donations entre époux étaient interdites dans l'ancien Droit, et cette prohibition était juste, car de semblables libéralités étaient de nature à nuire à leurs familles, qui, d'après les textes, étaient parties au contrat de mariage.

Mais, d'autre part, on ne peut nier que les donations entre époux puissent se faire sous des formes très variées et particulièrement sous celles des modifications aux conventions matrimoniales.

L'on devait donc, pour empêcher les fraudes, édicter le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales.

Mais les idées évoluent; d'une part, depuis 1762 les familles ne sont plus appelées au contrat de mariage qu'*honoris causa*; d'autre part, le principe de la prohibition des donations entre époux subsiste, mais dans l'intérêt de ceux-ci seulement.

En 1804, l'intérêt des époux ne fut plus jugé suffisant pour maintenir un texte en opposition avec les idées nouvelles, c'est pourquoi le Code Civil permit les donations entre époux, tout en les déclarant dans leur intérêt révocables (art. 1096).

Par ces motifs, l'on doit décider que les changements aux conventions matrimoniales sont admis, à la seule condition d'être essentiellement révocables comme les donations qu'ils sont toujours présumés déguiser.

Cette solution, strictement logique, j'en conviens, n'est certainement pas celle du Code civil, et puisque Toullier persiste à n'y voir qu'une interprétation de l'article 1395, je n'hésite pas à la rejeter.

Quoique, au surplus, la thèse de Toullier n'ait jamais été soutenue que par lui, il me semble bon d'examiner les arguments qu'il propose, afin de prouver qu'elle est inadmissible; je réfuterai ensuite d'autres interprétations erronées de note texte, et cela me permettra de fixer par *a contrario*, et cette fois d'une façon définitive, le sens et la portée de l'article 1395; c'est alors seulement que je m'estimerai en droit de clore cette seconde partie.

Écoutez Toullier aux numéros 36, 37 et 38 de son tome XII :

36. — ... Le plus subtil dialecticien ne saurait conclure, sans violer les règles de son art, que les conventions faites depuis la célébration du mariage, ainsi que les changements faits depuis aux conventions antérieures, sont absolument nulles et sans effet.

37. — Ajoutez que les articles 1394 et 1395 gardent un profond silence de cette nullité, silence qui suffit seul pour décider qu'ils n'ont pas voulu la prononcer.

Car c'est une maxime consacrée par la jurisprudence

de la Cour suprême (il cite en note deux arrêts) que les nullités ne peuvent être établies que par la loi. Le juge ne peut les prononcer sans excéder ses pouvoirs; ce droit n'est réservé qu'à la loi seule. Aussi le législateur n'a point manqué de la prononcer expressément lorsqu'il a voulu attacher cette peine à la contravention d'une disposition. C'est ce qu'il a fait notamment dans les dispositions relatives aux droits respectifs des époux dont traite notre titre 5.

C'est ainsi qu'en donnant à la femme et à ses héritiers la faculté de renoncer à la communauté, l'article 1453 ajoute que la convention contraire est nulle.

C'est encore ainsi qu'après avoir dit que les conjoints contribuent aux dettes de la communauté proportionnellement à la part qu'ils prennent dans l'actif, l'article 1521 ajoute que la convention contraire est nulle.

Enfin, c'est après avoir dit que dans aucun cas et à la faveur d'aucune stipulation la femme ne peut aliéner ses immeubles sans le consentement de son mari, le législateur a cru devoir ajouter à cette disposition, quoi-que rédigée en forme prohibitive, la peine expresse de nullité : « Toute autorisation générale d'aliéner ses immeubles donnée à la femme, soit par contrat de mariage soit depuis, est nulle. »

Comparez maintenant la rédaction de ces articles, où le législateur a cru devoir prononcer la nullité d'une manière si expresse avec la rédaction des articles 1394 et 1395 où, loin de la prononcer, il se borne à dire...

Note. — Dans une foule d'articles du Code la formule « ne peuvent » n'emporte point la nullité de l'acte contraire à leurs dispositions. Nous n'en citerons qu'un exemple entre plusieurs autres : « L'article 228 dit que la femme ne peut contracter un mariage nouveau avant dix mois écoulés depuis la dissolution du premier. Cependant il est certain, et la Cour l'a décidé, que le mariage contracté avant les dix mois n'est pas nul. »

En résumé, si l'on veut condenser l'argumentation de Toullier on peut voir qu'elle se réduit au syllogisme suivant :

Majeure. — La nullité d'un acte ne peut résulter d'un texte exprès.

Mineure. — Or l'article 1395 ne déclare pas nuls les changements apportés au contrat de mariage, postérieurement à la célébration du mariage.

Conclusion. — Donc ils sont valables. (Mais ils sont essentiellement révocables, voir plus haut.)

J'en réfute successivement les prémices.

1^o D'abord, il est faux de dire que la nullité d'un acte ne puisse résulter que d'un texte; cette assertion n'est exacte qu'en procédure (art. 1030).

Le mariage cependant ne peut être nul que si un texte le déclare tel; mais pourquoi cela? Parce que le législateur a énuméré dans les articles 180 et suivants du Code Civil les cas de nullité du mariage, et que, dans ces conditions, il est vraisemblable qu'il n'a voulu admettre que celles qu'il nous propose.

C'est ainsi que le mariage contracté par une veuve dans les délais de viduité est valable, et cela malgré la formule prohibitive de l'article 228.

Pour les mêmes raisons, je reconnais que la Cour suprême a bien jugé dans les deux espèces citées par Toullier.

Mais où ce jurisconsulte a-t-il vu énumérer dans le Code Civil les cas de nullité du contrat de mariage? Je serais curieux de le savoir.

2° L'article 1395 ne prononce pas la nullité des conventions dérogatoires au contrat de mariage; mais, dans ces conditions, cela était inutile, car elle résultait implicitement de la formule prohibitive de ce texte « Elles ne peuvent ».

Il est vrai qu'on peut m'objecter, dans le système de Toullier, l'article 1538 qui emploie la formule prohibitive dans son premier §, tout en déclarant nulle dans le deuxième les conventions contraires aux dispositions qu'il édicte.

L'objection ne m'arrête pas, car il y a probablement dans ce texte une inadvertance du législateur, bien excusable d'ailleurs, si l'on considère que le Code Civil comprend plus de deux mille articles. (Voir de même les articles 1596 et 1597.)

Mais je veux faire une concession au système de Toullier, et j'admets avec lui, qu'il ne peut y avoir de nullités virtuelles même en Droit civil; dans ce cas encore je suis obligé de rejeter ses conclusions.

Le législateur n'a pas en effet traité la question de l'immutabilité dans les dispositions générales du contrat de mariage à l'article 1395, il se borne à décider qu'elle survit à l'ancien Droit tout en se réservant d'y revenir dans des textes ultérieurs. Ce sont les articles 1443 et 1451 qui prononcent, comme on le sait déjà, la nullité de certaines combinaisons destinées à éluder la prohibition de l'article 1395.

L'interprétation restrictive de ces textes serait permise si l'article 1395 n'existait pas ; mais comme il n'en est pas ainsi, on doit décider qu'ils ne constituent que de simples applications du principe de l'immutabilité ou, si l'on préfère, qu'ils statuent *de eo quod plerum quæ fit*.

En résumé, il est donc faux de dire avec Toullier que les conventions déroatoires dans le silence de la loi ne sont pas nulles ; car il importe peu que la sanction du principe de l'immutabilité ne se trouve pas dans ce texte, si on l'y peut voir dans les articles 1443 et 1451.

Il est bien entendu que je ne veux réfuter l'opinion de Toullier que dans la seule hypothèse où elle puisse être soutenue, car si la dérogation au pacte matrimonial profite tantôt à l'un tantôt à l'autre des époux, elle ne saurait produire d'effets par application de l'article 1097.

Il en est encore ainsi, d'après les articles 791 et 1130, au cas où le pacte déroatoire, ne pouvant en aucun cas être profitable qu'au même époux, porterait sur un droit de succession non ouvert.

Ayant démontré que les pactes déroatoires au con-

trat de mariage ne sauraient jamais être valables, il me semble superflu de suivre jusqu'au bout l'argumentation de Toullier, qui, dès à présent, n'a plus aucune portée.

Examinons maintenant, d'une façon sommaire, quelques autres erreurs de moindre importance.

C'est d'abord Troplong, prétendant que la remise de dot faite par le gendre à son beau-père, durant le mariage, est valable. Il cite, en ce sens, un arrêt de la Cour de Cassation du 3 mai 1848, validant une quittance simulée de la dot consentie pendant le mariage par le gendre à son beau père.

Je fais observer pour commencer que l'arrêt de 1848 ne prouve rien, car la Cour de Cassation s'est déjugée dans un arrêt plus récent du 4 décembre 1867. (S. 68-1-153.)

Mais je vais plus loin, et je prétends avec la jurisprudence des Cours d'Appel que la remise des intérêts de la dot est nulle. (Pau, 9 janvier 1838, S., 39-2-339; Rennes, 1^{er} mars 1849, S., 49-2-602; Bastia (précité) (1); 16 janvier 1856, S., 56-2-81.)

Toutes ces décisions me semblent équitables, mais il me reste alors à discuter les arguments qui peuvent être invoqués à l'appui de la thèse de Troplong.

Ils ne sont pas nombreux et se résument dans l'arti-

(1) D'après cet arrêt, il ne peut même pas obtenir un terme pour le paiement de la dot.

cle 1569, disposant que le mari est censé faire remise de la dot s'il s'est écoulé dix ans depuis l'échéance des termes, sans que celle-ci ait été payée.

Le mari peut donc, d'après ce texte, faire remise indirecte du paiement de la dot, par le seul fait qu'il laisse s'écouler un délai de dix ans depuis l'époque de l'exigibilité sans en réclamer le paiement.

La remise indirecte du paiement de la dot peut même avoir lieu plus tôt, s'il est stipulé dans le Contrat que la célébration du mariage vaudra quittance de la dot.

Si la remise indirecte du paiement de la dot est valable, pourquoi n'en serait-il pas de même de la remise directe ?

Ce raisonnement est vicieux, à mon sens, sur trois points :

1° L'article 1569 ne constitue pas un cas de remise de dette indirecte, mais bien une présomption légale de paiement de la dot.

Dans ces conditions, il est d'interprétation stricte et ne peut être appliqué qu'au régime dotal.

2° Il ne constitue (à l'instar de la seconde espèce de prétendue remise susvisée) qu'une présomption *juris-tantum*. Le mari pourra donc, selon moi, prouver, par tous les moyens possibles, qu'il a fait toutes les diligences nécessaires et que, malgré cela, la dot n'a pas été payée. Il n'est même pas nécessaire, quoi qu'en dise la jurisprudence des Cours d'Appel (Grenoble, 2 juin

1818, J. G., Contrat de mariage, 4180, Douai, 27 mai 1841, J. G., Faillite, 1111) que la preuve contraire résulte du contrat de mariage.

3° Et puis décider avec Troplong que la remise du paiement de la dot est valable, c'est déclarer, contrairement à ce que j'ai déjà dit au chapitre I^{er}, que les époux peuvent valablement renoncer, pendant le mariage, aux libéralités qui leur sont faites dans leur contrat, car la dot est, tout au moins dans les rapports du constituant et du gratifié, un contrat à titre gratuit (art. à *contrario* art. 1540).

Je réfute enfin une opinion de Baudry-Lacantinerie sous l'article 295, que je considère encore comme étant une erreur certaine. Voici, au surplus, le texte copié littéralement :

« Les actes juridiques passés dans l'intervalle du divorce et du nouveau mariage des époux conserveront tous leurs effets et sont traités comme s'ils étaient intervenus entre étrangers dans le cas où ils intéresseraient les deux conjoints, ainsi la donation faite à l'un des époux par l'autre est irrévocable et la vente d'un bien a pu se réaliser valablement. Il ne faudrait pas, au point de vue de l'article 1098, considérer comme enfants d'un premier lit, ceux qui seraient nés avant le divorce dans le cas où des enfants naîtraient d'une seconde union (*Des personnes*, t. 3 p., 108, § 2).

La non-application de l'article 1098 à l'espèce est d'évidence et Baudry pouvait s'abstenir d'en parler pour

que ce texte ne vise que l'hypothèse d'un second mariage après la mort d'un des époux (Arg. des mots nouvel époux) (1).

Ce n'est donc pas sur ce point que porteront mes critiques et, ceci posé, se dégage sans plus tarder les deux erreurs qui se trouvent contenues dans le texte de Baudry.

1^o Il est faux de déclarer valable les traités passés par les époux avec des tiers pendant la période intermédiaire qui sépare le divorce du remariage.

2^o Il est également faux de déclarer valables les traités passés entre les époux pendant ladite période. Je reprends successivement ces deux points :

1^{er} Point. — Premier Argument. — Si l'opinion de Baudry était exacte, les conjoints pourraient impunément tourner le principe de l'immutabilité et ce n'est pas le texte de l'article 295 qui les en empêcherait.

Quels sont, en effet, les motifs de l'article 295 ? Si l'on consulte les travaux préparatoires, on peut constater que ce texte a pour objet de prévenir une fraude dont j'ai, d'ailleurs, analysé le mécanisme dans ma deuxième introduction au n^o 3 et qui consiste à tourner l'article 1395 par l'expédient du divorce.

Mais j'estime que le but de la loi serait manqué si les

(1) L'article 1098 s'appliquerait peut-être au cas de divorce, mais pour la seule hypothèse d'un nouveau mariage et non pour celle d'un remariage.

traités faits par les époux pendant la période du divorce n'étaient pas rétroactivement nuls de par le fait du nouveau mariage des époux un moment désunis ; car s'il n'en était pas ainsi, il existerait au moins un cas où le rétablissement du régime primitif serait impossible.

Il en serait ainsi dans l'hypothèse où les deux époux mariés sous le régime dotal aliéneraient durant la période du divorce tous leurs biens dotaux ; si l'on décidait que ces traités sont valables, l'on serait forcé d'en conclure qu'ils ne pourraient plus se remarier que sous le régime dotal sans dot, ou, si l'on préfère, sous le régime de la séparation de biens. (Il faut supposer que la femme ne s'est constituée en dot que ses biens présents.)

Et c'est en vain qu'on m'objecterait, dans l'opinion par moi combattue, que les conjoints remariés sont astreints, pour rétablir leur régime primitif, à constituer de nouveaux biens dotaux ; car je réponds qu'une telle obligation ne peut résulter que d'un texte formel qui dans l'espèce n'existe pas ; j'ajoute au surplus qu'elle est contraire au texte de l'article 1543, qui défend la constitution ou l'augmentation de la dot pendant le mariage.

2^e Argument. — Le rétablissement du régime de la communauté après séparation de biens judiciaires se produit avec effet rétroactif, conformément à l'article 1451 (1).

(1) Le deuxième alinéa ne peut m'être opposé, étant donnée l'interprétation fantaisiste que donne à l'article 1449 la jurisprudence.

Pourquoi le rétablissement du régime originaire serait-il dénué dans notre espèce de tout effet rétroactif? Cela me semble peu logique, puisque les deux hypothèses sont analogues.

3^e Argument. — Il est regrettable en fait, je le reconnais, de conclure dans mon système à l'éviction d'un tiers acquéreur dont la bonne foi en quelques cas, ne pourra pas être suspectée.

L'objection est-elle irréfutable? Je ne le pense pas, car de simples considérations de fait ne peuvent prévaloir contre des arguments de droit; j'ajoute que le principe de l'immutabilité n'ayant été écrit que dans l'intérêt exclusif des époux, le système que je soutiens ne contient plus rien en soi qui puisse choquer l'interprète de l'article 295.

B). — Il est également faux de déclarer valable les traités passés entre les époux pendant ladite période.

Si les contrats passés avec des tiers sont nuls, il doit en être *a fortiori* de même pour ceux qui interviennent entre les époux, car les arguments 1 et 2 peuvent être, dans cette deuxième hypothèse, derechef invoqués; j'ajoute que l'objection tirée de l'intérêt des tiers ne peut plus m'être opposée.

En résumé, une critique générale peut donc être faite aux trois systèmes que j'ai successivement analysés et réfutés; ils n'ont pas su appliquer selon moi la grande loi de l'immutabilité dans son texte tout à la fois brutal et simple, ils ont posé des conclusions toutes excel-

lentes, je le reconnais, en législation, mais inacceptables en droit pur ; bref, ils ont oublié une fois de plus l'adage éternellement vrai et toujours méconnu : « *dura lex sed lex* ».

TROISIÈME PARTIE

Aperçu succinct de Droit civil comparé

Observation générale. — Dans un premier chapitre, j'étudierai quelques questions d'ordre général, dont l'examen, d'ailleurs aussi bref que possible, justifiera pleinement le sujet de ma thèse.

Et c'est alors que, dans un second chapitre, très spécial, je suivrai le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales dans la législation allemande qui seule, en me donnant un argument nouveau, me permettra, et cette fois d'une façon absolument définitive, de conclure à l'abrogation de l'article 1395 du Code Civil français.

Cette troisième partie de ma thèse ne constitue donc pas une étude de Droit international, mais bien un moyen de démonstration.

CHAPITRE PREMIER

PARTIE GÉNÉRALE

Trois questions sont à examiner :

1^o Deux étrangers peuvent-ils, en invoquant la législation de leur pays, qui ne connaît pas la règle de l'immutabilité, prétendre ne pas tenir compte en France du principe posé dans l'article 1395 du Code Civil?

2^o Que décider quant à la validité d'un contrat de mariage rédigé postérieurement à la célébration par un Français à l'étranger ?

3^o Quelles sont les législations étrangères qui admettent le principe de l'immutabilité ? Quelles sont celles qui le rejettent ?

Je fais observer que les deux premières questions sont dans un rapport de réciprocité ; et ceci posé, je reprends l'étude de ces trois points :

1^{er} Point. — La première question revient à se demander si l'article 1395 est d'ordre public.

C'est là une question très controversée que je signale dans mon appendice ; le lecteur y verra que, sans hésiter, je lui propose la solution négative.

Mais il me faut maintenant préciser l'intérêt pratique de la discussion au point de vue du Droit international, et c'est pourquoi j'examine à nouveau un point de Droit qui, dès à présent, peut être considéré comme résolu.

Si l'on admet avec moi la négative, il en faut conclure que deux époux étrangers peuvent, en France, changer leurs conventions matrimoniales après la célébration du mariage, mais en tant qu'ils ne sont pas regis par l'article 3 § 1^{er} du Code Civil ; car, dans cette hypothèse, je me vois forcé d'examiner plusieurs sous-systèmes qui viendront à leur place dans l'étude de la deuxième question.

Pendant je dois constater que la jurisprudence unanime de la Cour de Cassation et des Cours d'Appel se rattache à la solution contraire; d'après elle l'article 1395 est d'ordre public et doit, en conséquence, s'appliquer aux étrangers demeurant sur le territoire français, conformément à l'article 3 § 1 du Code Civil (en ce sens Cassat. 29 juillet 1818; 4 décembre 1867, D. P., 67-1-455; 28 mars 1866, D. P. 66-1-396; 23 juin 1887, D. P., 87-1-449 (précité); Rennes, 1^{er} mars 1849, D. P., 51-2-238 (précité); Limoges, 13 juillet 1878, D. P., 79-2-181); et je pourrais encore en citer bien d'autres si je ne jugeais pas cette énumération comme étant suffisamment édifiante.

Les conséquences du système de la jurisprudence se trouvent établies dans un arrêt de la Cour d'Alger du

13 décembre 1897 (D. P. 1901- 2-77), où il est dit en substance que les conventions matrimoniales des époux ne sauraient être modifiées par le changement de nationalité (voir dans le même sens Cassat. 30 janvier 1854, D. P. 54-1-61. Angleterre, arrêt de la Chambre des Lords, 15 décembre 1999. *Journal de Droit international privé*, 1902).

2^{ème} Question. — Que décider quant à la validité d'un contrat de mariage, rédigé postérieurement à la célébration par un Français à l'étranger ?

Si l'on décide avec moi que l'article 1395 n'est pas d'ordre public et que le contrat de mariage fait dans ces conditions est valable, eu égard à l'article 3 § 1 du C. C., il ne s'ensuit pas du tout qu'il ne puisse pas être annulé en vertu d'un autre texte ; c'est alors que se posent les trois sous-systèmes de ma théorie.

1^{er} sous-système. — L'article 1395 constitue une règle de capacité.

S'il est ainsi, la loi de l'immutabilité régit le contrat de mariage du Français fait en pays étranger, conformément à l'article 3 § 3 du Code Civil.

Le contrat de mariage visé dans notre espèce est donc nul.

Mais avant d'examiner quels sont les arguments qui peuvent être invoqués en faveur de cette théorie, il me faut étudier si elle est en contradiction avec le système précité qui considère l'article 1395 comme étant d'ordre public international.

A mon sens, l'affirmative doit être soutenue, car si l'on admet que l'article 1395 est d'ordre public, il faut décider, conformément au principe de la courtoisie internationale, que la loi de la mutabilité des conventions matrimoniales peut présenter à l'étranger tous les caractères de notre texte.

Exemple. — Deux Français, mariés en France sous le régime de la communauté légale, vont en Allemagne, et, dans ce pays, changent leurs conventions matrimoniales en se conformant à l'article 1432 du nouveau Code de 1897 ; ils y adoptent, je suppose, le régime de la séparation de biens. Je me demande si ce changement des conventions matrimoniales primitives est valable.

Cela dépend. Si nous donnons le caractère d'ordre public à l'article 1395 du C. C. français et, par suite à l'article 1432 du Code civil allemand, l'affirmative ne peut faire de doute.

Si, au contraire, nous voyons dans l'article 1395 du Code Civil français une règle de capacité, le changement susvisé doit être annulé conformément à l'article 3, § 3. (Des observations analogues peuvent être faites pour les deux autres sous-systèmes que je vais exposer tout à l'heure)

Quels sont les arguments qui peuvent être invoqués en faveur de ce premier sous-système ?

« L'article 1395 du Code Civil est une règle de capacité, disent ses protagonistes ; il ne peut y avoir de

doute si l'on recherche les motifs de la loi. N'est-ce pas évidemment la raison qui, dans l'ancien Droit, servait de fondement à la doctrine de l'immutabilité, en même temps qu'elle avait décidé nos anciens jurisconsultes à prohiber les donations entre époux. Comme leurs prédécesseurs, les rédacteurs du Code ont pu craindre que l'un des conjoints n'abusât de l'influence ou de l'autorité qu'il avait sur l'autre». (Jay, *Journal de Droit international privé*, 1885). Il y a là, c'est vrai, un cas d'incapacité spéciale; mais ce n'est pas une objection, car le Code Civil nous en offre plusieurs exemples (Voir art. 1124 *in fine* et, comme applications, art. 472, 909, 1096, 1595).

Que décider maintenant si les époux sont de nationalité différente, dont l'une admet le principe de l'immutabilité alors que l'autre le rejette ? Que faut-il conclure quant à la validité des changements apportés aux conventions matrimoniales primitives des époux ?

Conformément à notre premier sous-système, ils sont nuls, car la validité d'un contrat ne peut être prononcée que si toutes les parties en cause jouissent de leur pleine capacité; ce qui, dans notre hypothèse, n'est pas vrai.

Tout au plus pourrait-on décider que lesdits changements sont valables à l'égard de la partie capable, mais c'est là un point de Droit controversé.

Quoi qu'il en soit, ce premier sous-système invoque en sa faveur la haute autorité de M. Weiss.

2^e Sous-système. — L'article 1395 constitue une règle de forme; on doit donc, en la matière, appliquer la maxime : « *Locus regit actum* ».

D'après cette nouvelle théorie, le contrat modificatif des conventions matrimoniales est valable, s'il a été rédigé dans les formes prescrites par les lois d'un pays qui rejette le principe de l'immutabilité.

Ce système ne me semble pas devoir être admis, étant donné que le principe de l'immutabilité était, dans l'ancien Droit, une règle de fond, et qu'il est peu probable, dans ces conditions, qu'il ait changé de nature en passant dans le Code Civil.

Ses partisans invoquent, pour le soutenir, un mot échappé au législateur dans l'article 1396 du Code Civil :

« Les changements qui y seraient faits avant cette célébration doivent être constatés dans la même forme ». Or, disent-ils, notre texte doit être considéré comme une règle de forme, par suite de la place toute voisine qu'il occupe près de l'article 1396.

Je réponds que l'article 1396 prouve, dans une certaine mesure, que la règle par lui édictée est de pure forme, mais que l'argumentation susvisée n'a plus aucune valeur si l'on entend parler de l'article 1395, car rien ne s'oppose à ce qu'une règle de forme ne soit étudiée concurremment avec une règle de fonds et, au surplus, le Code Civil nous en offre quelques exemples. (Voir les articles 458 et 459).

Ce deuxième sous-système semble depuis un demi-

siècle environ avoir quelques succès en jurisprudence. (Voir comme exemple Cassat. 11 juillet 1855 S 55 1-669 D. P. 56-1-9 ; 24 décembre 1867 S-68-1-34 ; Montpellier, 25 avril 1844 (S 45-2-7) D. P. 45-2-36 ; Tribunal de Toulouse, 7 avril 1865, D. P. 66 2-109.

Le Tribunal de Toulouse semble toutefois apporter à la théorie de la jurisprudence un palliatif, il exige pour que l'adage *Locus regit actum* puisse être appliqué que les époux aient à l'étranger un domicile spécial qu'il qualifie de conjugal.

Qu'est-ce à dire et quelles doivent être les qualités juridiques exigées de ce domicile ?

Nous ne le savons pas, car le Tribunal de Toulouse omet de définir ce qu'il entend par ces mots ; mais ce que nous pouvons, dès à présent affirmer, c'est qu'il hésite à suivre dans ses conséquences extrêmes le système que nous venons d'exposer.

Le jugement du Tribunal fut confirmé par la Cour de Toulouse le 7 mai 1866 ; les motifs de l'arrêt ne sont pas très nets, mais la Cour déclare *in fine* adopter les motifs des premiers juges.

Sur pourvoi, la Chambre des Requêtes de la Cour de Cassation rendit un arrêt de rejet dans lequel elle exige, pour l'application de la règle *Locus regit actum*, deux conditions qui, paraît-il, se trouvaient réunies dans l'espèce :

- 1° L'existence d'un domicile conjugal à l'étranger ;
- 2° La célébration du mariage à l'étranger.

Ainsi qu'on peut le voir, la jurisprudence s'écarte de plus en plus de l'application pure et simple de la règle *Locus regit actum*.

Disons pour finir, qu'abstraction faite des amendements plus ou moins importants que lui ont fait subir les arrêts, ce deuxième sous-système compte quelques partisans à la doctrine (Troplong, Guillouard, Aubry et Rau).

3^e sous-système. — L'article 1395 doit être considéré comme une règle de fond, qui n'est d'ailleurs que la conséquence du régime adopté par les époux (en ce sens Jay, article précité, et Lainé).

Exemple : Deux Français se marient en Allemagne et, dans ce pays, rédigent un contrat de mariage. Ce contrat pourra-t-il être modifié après la célébration du mariage ?

Si toutes les règles de fond du Code Civil allemand leur sont applicables, ils pourront, au cours de leur mariage, changer leurs conventions matrimoniales conformément à l'article 1432 dudit Code.

Mais s'il n'en est pas ainsi, l'article 1395 du Code Civil français leur est applicable.

Les époux peuvent d'ailleurs, par une clause expresse, déclarer qu'ils entendent se référer à la législation allemande ou à la législation française.

En cas de silence, les tribunaux apprécient.

3^e Question. — Quelles sont les législations étran-

gères qui admettent le principe de l'immutabilité; quelles sont celles qui le rejettent?

Admettent le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales :

Les Codes Espagnol (article 1320), Portugais (article 1105), Italien (article 1385), Belge (article 1395).

Le Code Suédois se borne à dire que le contrat de mariage doit être fait avant la célébration du mariage.

Le rejettent au contraire :

Les Codes Allemand (article 1432), Russe (article 1445), Autrichien.

Mais parmi ces derniers textes, le plus important est selon moi, l'article 1432 du nouveau Code Allemand, dans l'étude duquel je veux entrer sans tarder davantage.

CHAPITRE II

PARTIE SPÉCIALE

La question de l'immuabilité des conventions matrimoniales en Allemagne

Avant de donner au lecteur le texte de l'article 1432 du Code Civil allemand, je veux, d'une façon très brève, lui exposer les motifs qui m'ont conduit à étudier dans la législation germanique la grande loi de l'immuabilité.

On sait qu'avant 1897, l'Allemagne ne possédait aucun recueil de lois officiel, chaque province avait son code autonome ; ceux-ci étaient souvent fort insuffisants et les questions juridiques y étant très imparfaitement et très diversement traitées, le plus grand désarroi régnait dans la pratique des affaires.

Un seul exemple, pris sous forme de tableau synoptique, fera ressortir la rigoureuse exactitude de cette assertion.

Régimes légaux adoptés en Allemagne à défaut de conventions contraires :

Pour une population de :

1 à 3.070.901 habitants, régime dotal.

3.070.901 à 6.931.090 habitants, communauté d'acquêts.

6.931,090 à 7.157.750 habitants, communauté.

7.157.750 à 11.000.000 d'habitants, communauté universelle.

11.000.000 à 13.986.942 habitants, régime sans communauté.

Au-dessus, régime dotal.

Toutefois, dans cette incohérence manifeste, certains points de Droit se trouvaient résolus d'une façon à peu près uniforme ; telle était par exemple dans le sens de l'affirmative la question de l'immutabilité des conventions matrimoniales.

Tout au plus, discutait-on la question de savoir, si deux époux, mariés sans contrat, changent de régime par suite du transfert de leur domicile d'une province dans une autre, et la jurisprudence allemande à l'instar de la jurisprudence française s'était fixée dans le sens de la négative.

Enfin le nouveau Code de 1897, rendu exécutoire le 1^{er} janvier 1900, dispose dans son article 1432 que « les époux peuvent régler leur régime matrimonial par contrat, notamment abolir ce régime ou le changer, même après la célébration du mariage » ; c'est, on peut le voir, l'abandon du système antérieur en même temps

que la consécration définitive du principe de la liberté des conventions matrimoniales.

Cette réforme importante ne se fit que difficilement, car le législateur allemand devait, avant de la réaliser, répondre à de multiples objections toutes soulevées par des esprits étroits imbus de préjugés moyen-âgeux.

Ces objections, signalées d'ailleurs dans ma deuxième introduction, ont été péremptoirement réfutées, ainsi que le fait observer Lehr dans son commentaire du nouveau Code Allemand de 1897 (page 219).

« Conformément au Droit commun allemand et aux tendances de la plupart des législations locales de l'Empire, le Code Civil allemand permet les conventions matrimoniales non seulement avant le mariage, mais aussi après. Dans ce dernier cas et à la suite des modifications survenues dans les fortunes des époux, des changements au régime primitivement adopté peuvent être d'une grande utilité. Et il n'a pas paru qu'il y eut lieu de les empêcher à raison de l'influence d'un des époux sur l'autre, puisque le Code n'apporte aucun obstacle aux contrats, ni même aux donations entre les conjoints. Quant à l'intérêt des tiers, il a semblé devoir être suffisamment protégé par la disposition de l'article 1435 (ce texte contient des mesures de publicité).

Je n'entrerais pas dans le commentaire complet de l'article 1432, pour lequel une thèse spéciale serait à peine suffisante. Mais je puis constater qu'en abrogeant la règle de l'immutabilité, le législateur allemand a obéi à

des motifs supérieurs puisés dans l'adage trop souvent oublié à mon sens : « A des peuples nouveaux, il faut des lois nouvelles ». Il a voulu prouver qu'il ne devait pas être considéré, à l'instar du législateur français, comme un adversaire systématique du progrès. A mon humble avis, il a bien fait, mes adversaires oseront-ils le blâmer ?

Vu :

Le Président de la Thèse,

ANDRÉ WEISS.

Vu :

Le Doyen,

CAUWÈS.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,

L. LIARD.

APPENDICE DE LA PARTIE DE DROIT INTERNATIONAL

L'article 1395 du Code Civil français est-il d'ordre public?

Oui, nous répond la jurisprudence, et cela doit s'entendre tant de l'ordre public interne que de l'ordre public international.

Sur ces deux points mon système est diamétralement opposé à celui d'une jurisprudence qui, je le répète, est absolument unanime. Mais, conformément au titre de ce chapitre, je ne veux parler que de l'ordre public international.

Ne devraient être, dans mon système, considérés comme d'ordre public international, que les textes dont la violation entraîne un scandale public, et qui, en raison de ce fait, doivent s'appliquer aux étrangers résidant en France comme aux Français. Mais l'art. 1395, dont tous les motifs, comme je crois l'avoir démontré dans le cours de ma thèse, se rattachent à l'ancien Droit, ne constitue pas à mon sens, aux termes de l'article 3 du Code Civil français, une loi de police et de sûreté.

Je crois devoir donner quelques exemples qui dégageront, je pense, la portée de mon système.

Il ne me semble pas que l'ordre public international soit compromis si deux étrangers changent au cours du mariage leurs conventions matrimoniales, en admettant qu'ils se conforment à des conditions de publicité déterminées par leur loi nationale ; la solution contraire me paraît devoir être admise lorsque un fils dénaturé, résidant sur le territoire français, refuse à son père indigent la pension alimentaire de l'article 205, par ce motif, qu'un Code étranger quelconque légitime un tel refus.

De même j'admets parfaitement que des parents étrangers puissent être, sur le territoire français, déchus de la puissance paternelle sur leurs enfants, en vertu des articles 1 et 2 de la loi du 24 juillet 1889, et cela bien qu'aucune disposition analogue n'existe dans leur loi nationale.

De même, j'admets encore qu'un étranger, convolant en France avant le décès de son premier conjoint, puisse être poursuivi conformément à l'article 340 C. P. ; et cela, bien que d'après sa loi nationale, la bigamie ne soit pas punie.

C'est, en invoquant ces motifs, que j'adopte, sur la question précitée, la négative.

APPENDICE A LA PARTIE DE DROIT COMPARÉ

L'on voit donc que les raisons qui ont conduit le législateur allemand à abroger le principe de l'immutabilité se trouvent toutes exposées dans le cours de ma thèse. Mais arrivons aux faits et commentons le texte de Lehr.

« Les changements au régime primitivement adopté peuvent être d'une grande utilité (voir 1^{re} introduction, numéros 1, 2 et surtout 3 et 4) et il n'a pas paru qu'il y eut lieu de les empêcher à raison de l'influence de l'un des époux sur l'autre, puisque le Code. . (Voir 2^e introduction : Intérêt des époux et citation de l'article 1094 du Code Civil français).

« Quant à l'intérêt des tiers, il a semblé devoir être suffisamment protégé par les dispositions de l'art. 1435. (Voir 2^e introduction : Intérêt des tiers). »

Examinons enfin les mesures de publicité établies par l'article 1435 :

« Lorsque le contrat de mariage », nous dit ce texte, « exclue ou modifie le droit de jouissance du mari, on ne peut invoquer cette disposition contre un tiers au sujet d'un acte juridique, passé entre lui et l'un des

époux, ou d'un jugement passé en force de chose jugée rendue entre eux ; si, à l'époque de la passation de cet acte juridique ou à celle de l'introduction de l'instance, cette exclusion ou cette modification de régime n'a pas été inscrite sur le registre matrimonial ou connue des tiers.

« Il en est de même lorsqu'un règlement des rapports matrimoniaux, inscrit sur le registre matrimonial, a été révoqué ou modifié par le contrat de mariage. »

Le registre matrimonial est un livre public (1), destiné à recevoir l'inscription tant des contrats faits avant la célébration du mariage que des modifications apportées au régime des époux pendant le mariage, et dont toute personne peut prendre connaissance sans avoir à remplir aucune formalité. (Voir art. 1563).

En conséquence, si les tiers prétendent ignorer les changements apportés au registre primitif des époux, ils sont en faute puisqu'il ne tenait qu'à eux de les connaître en consultant le registre matrimonial.

L'institution du registre matrimonial (Güttterrechtsregister) était déjà connue dans quelques provinces avant d'être définitivement généralisée par le Code de 1900. (Consulter le Code des Contrats de mariages du 9 décembre : Brême, art. 3, 5 et 7 ; loi du 27 juin 1879, art. 32 ; Oldenbourg, loi du 24 avril 1873, art. 31 et 53 ; loi du 10 janvier 1879, art. 30 et 53).

(1) Tenu au lieu du domicile du mari.

L'institution du registre matrimonial n'est en somme qu'une application de l'article 1435 ; son fonctionnement est réglé dans les articles 1558 à 1563 (inclusivement), dont je vais faire un commentaire sommaire et par quelques textes de procédure d'une importance tout à fait secondaire.

D'après l'article 1558, ce registre est tenu par un des juges du tribunal du bailliage.

Ce magistrat est tenu seulement de recevoir les inscriptions régulières en la forme (peu importe dès lors qu'elles soient mensongères au fond, sauf, bien entendu, en ce cas, sous la responsabilité de l'intéressé).

L'article 1559 décide que le mari est obligé, sous sa propre responsabilité, lorsqu'il change de domicile, de faire transcrire les inscriptions matrimoniales au lieu de son nouveau domicile, sans toutefois qu'il soit obligé de les faire radier à celui de son ancien domicile.

Aucun délai ne lui est d'ailleurs imparti pour faire opérer cette transcription.

A l'article 1559 il y a toutefois deux exceptions ; il suffit de supposer que le mari change de domicile dans l'intérieur du même ressort (évident) ou qu'un même registre soit établi pour plusieurs ressorts.

Les articles 1560 et 1561 indiquent dans quelles conditions doit avoir lieu l'inscription sur le registre matrimonial (réquisition des deux époux ou du mari suivant les cas).

L'article 1562 estimant que l'inscription sur le registre

est insuffisante comme mesure de publicité, ordonne qu'un supplément de publicité soit fait par la voie d'un journal :

1^o Publié dans le ressort du bailliage.

2^o Destiné à recevoir ces sortes de publication.

Le choix du journal appartient à l'intéressé.

Et enfin l'article 1563 complète ce système de publicité en décidant que le registre matrimonial est mis à la disposition de tous ceux qui veulent en prendre connaissance.

Il y a donc là quelque chose d'analogue à nos actes de l'état-civil.

Voici au surplus la teneur des textes sur lesquels je m'appuie :

Article 1558. — Les inscriptions sur le registre matrimonial doivent être faites au Tribunal du bailliage dans le ressort duquel le mari est domicilié.

Une ordonnance du Ministre de la Justice de l'Etat confédéré peut confier pour plusieurs ressorts la tenue de ce registre au Tribunal d'un seul district.

Article 1559. — Si, après l'inscription faite, le mari transporte son domicile dans un autre ressort, l'inscription doit se faire dans le ressort nouveau. L'inscription primitive revit d'elle-même, si le mari redevient domicilié dans l'ancien ressort.

Article 1560. — L'inscription sur le registre ne peut avoir lieu que sur requête et dans la mesure de cette

requête. Celle-ci doit être faite dans la forme authentique.

Article 1561. — Dans les cas des articles... ..
l'inscription a lieu à la requête du mari.

Dans les autres cas, la requête des deux époux est nécessaire. Chacun d'eux, vis-à-vis de l'autre, est tenu de prêter son concours.

1^o Pour l'inscription d'un contrat de mariage et d'une modification des rapports des deux époux quant aux biens, reposant sur une décision judiciaire, lorsqu'avec la requête on produit le contrat de mariage ou la sentence, munie d'un certificat en force de chose jugée.

2^o Pour le renouvellement d'une inscription sur le registre d'un autre district, lorsqu'avec la requête on produit un extrait authentique de la première inscription, délivré après le changement de domicile.

Art. 1562. — Le Tribunal de bailliage publie l'inscription par insertion dans la feuille destinée aux publications.

Lorsqu'on inscrit une modification de régime, la publication se restreint à cette modification, et, si celle-ci est autre que le régime légal, à une indication générale des dérogations à ce régime.

Art. 1563. — Toute personne peut prendre connaissance de ce registre. On peut demander expédition des inscriptions ; ces expéditions doivent être certifiées, si on le requiert.

TABLE DES MATIÈRES

PROLEGOMENES	1
PREMIÈRE PARTIE. — <i>Le principe avant 1804.</i> — CHAPITRE PREMIER. — <i>Le principe avant l'arrêt de 1762.</i>	5
CHAPITRE II. — <i>Le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales de 1762 à 1804</i>	29
CHAPITRE III. — <i>Réfutation d'une erreur de Pothier.</i>	46
DEUXIÈME PARTIE. — <i>Le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales sous le Code civil.</i> — INTRODUCTION	55
CHAPITRE PREMIER. — <i>Commentaire de l'article 1395: « Les conventions matrimoniales ne peuvent recevoir aucun changement après la célébration du mariage »</i>	66
CHAPITRE II. — <i>Commentaire de l'article 1396. — Les changements qui y seraient faits avant cette célébration doivent être constatés par acte passé dans la même forme que le contrat de mariage. — Nul changement ou contre-lettre n'est, au surplus, valable sans la présence ou le consentement simultané de toutes les personnes qui ont été parties dans le contrat de mariage.</i>	88
CHAPITRE III. — <i>Réfutations d'opinions fausses.</i>	99
TROISIÈME PARTIE. — <i>Aperçu succinct de Droit civil comparé</i>	113
CHAPITRE PREMIER. — <i>Partie générale</i>	114
CHAPITRE II. — <i>Partie spéciale. — La question de l'immutabilité des conventions matrimoniales en Allemagne</i>	123
APPENDICE DE LA PARTIE DE DROIT INTERNATIONAL ...	127
APPENDICE A LA PARTIE DE DROIT COMPARÉ	129

